

DE BONIS LIBERTORUM

Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ESQUEMA DE SOLUCIONES PARA LA CONCURRENCIA DEL PATRONO O PATRONA CON LOS HIJOS DE LOS LIBERTOS. 1. *Patrono en la sucesión del liberto*. A) Sucesión intestada civil. B) Sucesión intestada *ex Edicto*. C) Sucesión forzosa *ex Edicto*. D) Sucesión intestada *ex lege Papia*. E) Sucesión forzosa *ex lege Papia*. 2. *Patrono en la sucesión de la liberta*. A) Sucesión intestada civil. B) Sucesión intestada *ex Edicto*. C) Sucesión forzosa *ex Edicto*. D) Sucesión intestada *ex lege Papia*. E) Sucesión forzosa *ex lege Papia*. 3. *Patrona en la sucesión del liberto*. A) Sucesión intestada civil. B) Sucesión intestada *ex Edicto*. C) Sucesión forzosa *ex Edicto*. D) Sucesión intestada *ex lege Papia*. E) Sucesión forzosa *ex lege Papia*. 4. *Patrona en la sucesión de la liberta*. A) Sucesión intestada civil. B) Sucesión intestada *ex Edicto*. C) Sucesión forzosa *ex Edicto*. D) Sucesión intestada *ex lege Papia*. E) Sucesión forzosa *ex lege Papia*.—III. ANÁLISIS DEL ESQUEMA.—ESTUDIOS PARTICULARES. A) Reformas de la *lex Papia Poppaea*. B) Posición sucesoria de los *liberi del liberto*. C) Reformas introducidas con ocasión del senadoconsulto Orficiano; derechos de los hijos de la liberta. D) Posición sucesoria del patrono y su descendencia agnada masculina. E) *Parens manumissor; extraneus manumissor*. F) La descendencia agnada femenina del patrono. G) Posición sucesoria de la patrona.

I. INTRODUCCION

Intentamos tratar de manera unitaria el complicado problema de la sucesión en los bienes del liberto o liberta, tema sobre el que se acumulan distinciones conceptuales y reformas sucesivas que contribuyen a darle una especial fisonomía de mosaico. A pesar de esta complejidad que desafía el interés y la curiosidad del estudioso, se ha advertido cierta inhibición tradicional entre los autores para afrontar su estudio de manera tal que pueda sernos entregada una imagen coherente de lo que fue, a través del Derecho romano clásico, el sistema sucesorio en los bienes del liberto: tal vez en ello haya influido no poco la dedicación pre-

ferente que la pandectística del pasado siglo prestó a los asuntos de contenido práctico. Además de las obras de carácter general, que podríamos denominar clásicas por el reiterado empleo que el investigador debe hacer de ellas¹, en épocas más recientes se han publicado algunos trabajos que de manera frontal o tangencial inciden en el problema de la sucesión sobre los bienes del liberto: cabe recordar, sobre todo, la serie de estudios escritos por Cosentini²; también las diversas monografías de Lavaggi³; los comentarios de Zulueta al libro III de las Instituciones de Gayo⁴, y más recientemente, la tesis doctoral del Marianne Meinhart⁵ y los capítulos pertinentes del tratado de Derecho Hereditario Romano, de Voci⁶, obras que dan, aquélla, una valiosa información sobre los problemas que se plantearon a la jurisprudencia a propósito del senadoconsulto Orficiano, del 178 d. C., y ésta, la visión acaso más exhaustiva y coherente del tema, pese a la brevedad de su tratamiento. Recientemente hemos recibido un trabajo de Astolfi, sobre la legislación caducaria de Augusto⁷, que aporta interesantes observaciones a las reformas introducidas por la *lex Papia Poppaea* al sistema de la sucesión en los bienes de los libertos. Hoy nos atrevemos, sin embargo, a replantear el asunto, con la esperanza de llenar algunos vacíos que hemos observado.

La preliminar consideración del problema requiere distinguir cuidadosamente los diferentes estratos históricos de evolución, y el ámbito exacto de aplicación para cada una de las reformas

1. Principalmente LEIST, en GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (trad. italiana) XXXVII-XXXVIII 4 (1905) N.º 1622, pp. 291-299; 5 (1909) N.º 1622, pp. 256-285 y 339-368; LENEL, *EP*³ (1927) N.º 150, p. 350; LA PIRA, *La successione intestata e contro il testamento in diritto romano* (1930), p. 376 ss.

2. COSENTINI, *Studi sui liberti I* (1948), p. 186 ss.

3. LAVAGGI, *Bonorum possessio intestati liberti*, en *St. Cagliari* 30 (1943-1946), 133-239; *La successione della liberta e il S. C. Orfiziano*, en *SDHI*, 12 (1946), 175-186; *La lex Iulia et Papia e la successione nei beni della liberta*, en *St. Saresi* 21 (1948), 94-110; *Ancora in tema di bonorum possessio intestati liberti*, en *St. Albertario II* (1953), pp. 660-680.

4. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius II* (1953), pp. 128-131.

5. MARIANNE MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum und ihrer Bedeutung für das Klassische Römische Erbrecht* (1967), pp. 66-80.

6. VOCI, *Diritto Ereditario Romano II*³ (1963), pp. 25-32 y 740-751.

7. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia* (1970), pp. 220-240.

introducidas en el régimen originario. Fundamento del orden *de bonis libertorum* es, como de todo el sistema sucesorio *abintestato*, la Ley de las XII Tablas, que llamaba al patrono o patrona inmediatamente después de los *sui*, como si fueran el próximo agnado⁸, es decir, creando un vínculo semejante al familiar entre el manumisor y el liberto, por cuanto éste no tiene agnados propios. Reservado en un principio el privilegio sucesorio del patronato para exclusivo beneficio del manumisor, una interpretación posterior extiende el llamamiento hereditario *abintestato* a los *sui*, agnados, y aun a la misma *gens* del patrono⁹. No se debe perder de vista, en todo caso, este carácter de semejanza o imitación al llamamiento agnaticio que tiene la sucesión civil intestada del patrono, y que trasciende, naturalmente, al orden pretorio *unde legitimi*, pues a ello hemos de atribuir la aplicación de todos los principios propios de la sucesión agnada; así el patrono pierde el carácter de heredero civil si él mismo o el liberto han sufrido *capitisdeminutio*¹⁰; así también es solamente llamado el *proximus*, de manera que si un liberto tenía dos patronos y uno de ellos murió, el sobreviviente excluye a los hijos del premuerto¹¹; tampoco hay *successio in locum*, y la herencia se divide *per capita* y no *per stirpes*, por lo que si el liberto tenía dos patronos, ambos premuertos, y uno dejó un hijo y el otro dos, la herencia se reparte en tres porciones iguales¹²; por último, no hay *successio graduum*, de manera que si el patrono repudia la herencia, no le es ofrecida a los hijos de éste¹³.

Al esquema de las XII Tablas se superpone el del Edicto, tanto en lo relativo a la sucesión intestada como en cuanto a la forzosa, pues el patrono está protegido por la *bonorum possessio contra tabulas* no sólo en el caso de preterición, a semejanza de

8. D. 38,16,3,pr.; 26,4,1; 29,4,6,8; 34,5,9,2; 40,3,2; Gai. 3,40; UE. 27,1; Co. 16,8,2.

9. Cicerón, *De Orat.* I, 39,176. Cfr. LEIST, en GLÜCK, *Com.* XXXVII-XXXVIII, 4, pp. 292 y 299; VOGL, *DER*, I, p. 38 n. 89, y II, p. 26.

10. D. 38,2,23,pr.; Gai. 3,51.

11. D. 26,4,3,7; 38,2,23,1; Gai. 3,60; PS. 3,2,1; UE. 27,2,3.

12. D. 38,2,23,2; Gai. 3,61; PS. 3,2,3; UE. 27,4.

13. Aunque falta un texto expreso para la sucesión del liberto, se deduce de UE. 26,5.

los *liberi*, sino incluso cuando la asignación ha sido insuficiente para cubrir la *portio debita*¹⁴. La *lex Papia Pappaea*, del 9 d. C., reforma profundamente el sistema del Edicto, como es sabido¹⁵, pero sus innovaciones tienen un ámbito limitado en cuanto que, tratándose de libertos varones, sólo afectan a aquellas sucesiones de cuantía no inferior a los 100.000 sestercios¹⁶; puesto que la legislación caducaria pretendió estimular la natalidad sobre todo entre las clases más pudientes¹⁷. Los sistemas sucesorios legítimo y edictal continúan, pues, subsistiendo paralelamente con el más reciente de la *lex Papia*, y tenemos testimonio de que esta diversidad se mantiene durante toda la época clásica¹⁸.

Bajo la vigencia de este régimen diversificado, pues, sobreviene la reforma debida al senadoconsulto Orficiano¹⁹, cuya influencia sobre el orden de sucesión en los bienes de la liberta ha de haberse dejado sentir con fuerza por cuanto el principio general que preconizaba era el de la promoción de los hijos cognados en la herencia de la madre hasta situarlos en una condición de preferencia frente a todos los *legitimi*, en forma que excluyeran absolutamente al agnado próximo en la sucesión intestada²⁰. A pesar de que el senadoconsulto se refería a la herencia legítima, fue también aplicado por el pretor en los llamamientos edic-

14. D. (38.2) 3,10: la *portio debita* puede cubrirse no sólo con la institución de heredero, sino también con legados, 3,15, ó fideicomisos, 3,16, ó donaciones *mortis causa*, 3,17. Por tales razones, la *bonorum possessio contra tabulas* del patrono, prefigura la querrela de inoficiosidad postclásica. Cfr. SAMPER, *Pars debita en el derecho romano vulgar*, en *SDHI*. (en prensa).

15. Gai. 3,42.44.46.49.52.53; UE. 29,3.5.6.7.

16. Gai. 3,42. No creemos que del texto del Gn. I. 30 (*Fontes I*, p. 475), se pueda deducir que las *leges caducariae* sólo se aplicaban a sucesiones de mujeres cuando la cuantía del as hereditario ascendía a 50.000 sestercios por lo menos. Vid. BESNIER, *L'application des lois caducaires d'Auguste d'après le gnomon de l'idologue*, en *RIDA*, 2 (1949), p. 108 ss., que parece llegar a la conclusión contraria.

17. Para las finalidades de la legislación caducaria, *vid.* Tácito, *Ann.* III, 25, y XV, 19.

18. Para la época de Africano: D. 38,2,26; para la de Ulpiano: D. 37,14,15.

19. D. 38,17, 1.4.6.7.9.

20. UE. 26,7.

tales a la *bonorum possessio sine tabulis unde legitimi* ²¹; además la jurisprudencia acomodó sus resultados a la sucesión de la liberta, pese a que su texto no parece mencionar sino a la causante ingenua, de manera que la reforma afectó finalmente a todos los casos de sucesión intestada o forzosa de mujer que fallecía con hijos, fuera ingenua o liberta, ya se regulara por las XII Tablas, el Edicto o la *lex Papia Poppaea*.

Los textos que nos permiten conocer el *ordo successionis* sobre los *bona libertorum* provienen, fundamentalmente, de Gayo ²², ya que la recopilación justiniana se muestra bastante parca en el tratamiento de una cuestión que había sido sustancialmente reformada por la legislación propia del Emperador ²³. Desgraciadamente para nosotros, a Gayo le era desconocido el senadoconsulto Orficiano en la época que escribió sus *Institutiones*, de manera que ellas nos transmiten el estado del derecho sólo hasta el momento anterior a dicha reforma ²⁴. Otra fuente posterior que también contiene bastantes datos sobre el tema es el ípítome de Ulpiano ²⁵, que aunque escrita ya en el siglo IV, se ciñe notablemente en este punto a su modelo gayano, por lo que prescinde igualmente del tratamiento a las reformas orficianas: así pues, las referencias a estas innovaciones, conservadas en los textos, son escasas, casi inexistentes; se reducen, si no nos equivocamos, a tres alusiones indirectas, contenidas dos de ellas en el Digesto ²⁶, y la otra en el Teodosiano ²⁷, insuficientes, en todo caso, para reconstruir con cabal seguridad el derecho clásico posterior a la época de Gayo; por eso pensamos que todo intento que se haga en tal sentido, habrá de fundamentarse en gran medida sobre conclusiones de lógica jurídica y de analogía, procurando presentar una conjetura probable, al menos no con-

21. D. 38,7,2,4.

22. Gai. 3,39 (*Nunc de libertorum bonis videamus...*) a 53.

23. Las noticias sobre el *ordo successionis* no pasan de ser referencias indirectas: así D. 37,14,21; (38,2) 2; 5; 6. La rúbrica *De bonis libertorum* corresponde a D. 38,2 y a CI. 6,4.

24. La época probable de composición de las *Institutiones* es la década que va de 160 a 170 d. C. Cfr. HONORE, *Gaius* (1962), pp. 58 y 69.

25. UE. Tít. 27 y 29.

26. D. 38,17,1,9; 50,16,145.

27. CTh. 5,1,3 (383), reproducido en CI. 6,57,4 itp. Tiene *interpretatio*.

tradicha por el reducido testimonio de los textos. No ha de ser, sin embargo, una conjetura arbitraria: el sistema anterior al Orficiano, tal como nos lo presenta Gayo, y el análisis detenido y cuidadoso de las fuentes posteriores, nos dan elementos suficientes como para poder deducir, con riesgo de error muy reducido —ya que no con absoluta seguridad— el curso que tomó posteriormente la institución, por lo menos hasta la época de Diocleciano ²⁸. Debe tenerse presente que no pueden haberse producido situaciones abiertamente reñidas con un sentido elemental de la lógica jurídica, sin que se haya levantado el menor comentario adverso durante un tiempo tan prolongado: tal habría sido el caso de que los hijos cognados de la liberta favorecidos por el senadoconsulto Orficiano hubieran sobrepasado en ventajas sucesorias a los *sui naturales* del liberto, por aplicación rigurosa del principio según el cual los hijos de la causante excluyen al agnado, o por asimilación con éste, al patrono. La elemental consideración de que el nuevo régimen se mantuvo prácticamente inalterado hasta Constantino, sin crítica alguna, y que las reformas posteriores —en particular las de Valentiniano III en Occidente ²⁹ y del propio Justiniano en Oriente ³⁰— no se encaminaron a corregir una posible ventaja de la descendencia de la liberta frente a la del liberto ³¹, nos confiere el firme convencimiento de que la reconstrucción del sistema se ha de hacer sobre el principio fundamental de que en ningún caso la situación de los sucesores *ex senatusconsulto Orficiano* pudo ser, ante circunstancias similares, más favorable frente al patrono de la causante que la que correspondía a los *liberí del liberto*.

Nuestro método de trabajo consistirá en individualizar, con

²⁸. Ya a partir de Constantino, la derogación de las leyes caducarias y la paralela extensión progresiva del *ius liberorum* (CTh. 8.16.1 y, posiblemente, CTh. 5.1.1), habrán de influir necesariamente sobre el régimen de los *bona libertorum*.

²⁹. NV. 25 (447).

³⁰. Cl. 6.4.4 (531).

³¹. Al contrario, CTh. 5.1.3 mejora la condición de los hijos de la emancipada frente al *parens manumissor*, por lo que se puede deducir con seguridad que la primacía dada por el senadoconsulto Orficiano a los hijos en la sucesión de la madre, frente a los *legitimi*, no tuvo aplicación absoluta en el supuesto de que la causante fuera una liberta. Cfr. LAVAGGI, *SDHI*. 12 (1946), p. 177.

la mayor precisión posible, las diferentes hipótesis de concurrencia del patrono o sus descendientes con la descendencia del liberto o liberta, a base de distinciones casuísticas; ello nos permitirá aislar una serie de posiciones jurídicas muy delimitadas, y aquéllas cuya solución aparezca claramente establecida en las fuentes, servirán como un elemento más para deducir, por analogía, las que no conocemos en forma directa.

Puntos fundamentales de referencia para estas clasificaciones serán, en primer lugar, el sexo de las personas ligadas por el vínculo de clientela, tanto del patrono concurrente como del liberto causante; así se podrán establecer cuatro diversas posiciones iniciales, a saber: el patrono (o su descendencia) que concurre a la sucesión del liberto; el patrono (o su descendencia) en la sucesión de la liberta; la patrona en la sucesión del liberto y, por último, la patrona que concurre a la sucesión de la liberta³². Todos estos acápites clasificatorios estarán indicados con números cardinales árabes.

El siguiente criterio de distinción, que señalaremos con letras latinas mayúsculas, nos lo dará el tipo jurídico de la sucesión, según sea (A) civil; (B) intestada *ex Edicto*; (C) forzosa *ex Edicto*; (D) intestada *ex lege Papia Poppaea*, o (E) forzosa *ex lege Papia Poppaea*.

La tercera referencia, señalada con ordinales arábigos, se hará distinguiendo los regímenes anterior y posterior al senadoconsulto Orficiano: naturalmente esta clasificación sólo se hará necesaria para aquellos casos en que se trata de la sucesión de una hembra.

Seguidamente se distinguirá conforme sean las características particulares del patrono o patrona, que pueden estar determinadas por el hecho de concurrir el propio manumisor, o bien su descendencia, o por detentar o no aquél el beneficio del *ius libertorum*, etc. Cada una de las diversas situaciones se indicará con letras latinas minúsculas.

Por último, las demás subdistinciones que puedan requerirse, irán señaladas con letras griegas minúsculas o con números romanos minúsculos.

32. Semejante esquema ha sido ya empleado por DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius II*, p. 120.

Para mayor comodidad del lector, comenzaremos el trabajo de análisis con un esquema completo de la reconstrucción, que fije las diversas situaciones en conceptos breves y concisos: en el mismo texto se han de indicar las fuentes que sirven de fundamento, o en su defecto los supuestos dentro del propio esquema que han servido de referencia para la analogía. Luego emprenderemos el análisis propiamente dicho de las situaciones, utilizando el mismo orden de materias y las mismas referencias cifradas que ya habíamos establecido en el esquema. En esta parte del trabajo, remitiremos la cita de todos los textos utilizados a las notas de pie de página, aun en los casos en que deban ser reproducidos totalmente: ello nos permitirá distinguir en el mismo cuerpo, a través de tipos distintos de letra, la reconstrucción fundamentada estrictamente sobre fuentes, de aquella otra parte que, por carecer de apoyo textual directo y requerir el auxilio de la argumentación lógica, es propuesta sólo como la conjetura más probable. La reconstrucción conjetural aparecerá en cursiva, al igual que en el esquema, y también dentro de cada supuesto indicará, mediante referencia cifrada, la ubicación del o de los lugares que sirvieron como fundamento analógico.

Una vez completada la reconstrucción, procuraremos ilustrar el trabajo con varios estudios breves, que desarrollen el sistema de concurrencia desde puntos de vista particulares, de manera que sirvan al lector para comprender más unitariamente un determinado conjunto de situaciones o de problemas conexos. Estos desarrollos, en cierta manera perpendiculares al del esquema se han de referir, sucesivamente, a las reformas de la *lex Papia Poppaea*; a los hijos del liberto causante; a las reformas del senadoconsulto Orficiano y su influencia sobre la situación de los hijos de la liberta causante; a las posiciones sucesorias del patrono y su descendencia agnada masculina, del *manumissor*, de la descendencia agnada femenina del patrono y, por fin, de la patrona. Razones de economía nos han recomendado concentrar en esta parte materias que, por su importancia, han de ser tenidas presentes incluso para la comprensión del análisis del esquema: así sucede, por ejemplo, con el estudio sobre el senadoconsulto Orficiano. El envío de notas se hará en esta parte sobre todo al esquema inicial, y al desarrollo sólo cuando convenga recordar

alguna explicación importante; en cuanto a las fuentes que ya aparecen en el esquema, estimamos que es innecesario repetir la referencia.

II. ESQUEMA DE SOLUCIONES PARA LA CONCU- RRENCIA DEL PATRONO O PATRONA CON LOS HIJOS DE LOS LIBERTOS

I. PATRONO EN LA SUCESIÓN DEL LIBERTO.

A) *Sucesión intestada civil.*

Patrono sólo acude a falta de *sui*: Gai. 3,40; UE. 27, 1; 29,1; Co. 16,8,2; D. 38,16,3, pr.

Parens manumissor y *extraneus manumissor* se asimilan a patrono: D. 37,12,1, pr. y 1.

También los *sui* del patrono: Gai. 3,45; FV. 308; UE.29,4.

B) *Sucesión intestada «ex Edicto».*

a) Patrono o su descendencia agnada masculina.

i) *Liberi naturales* excluyen a patrono: Gai. 3,41.

ii) *Liberi non naturales* le ceden la mitad de su cuota: Gai. 3,41.46.49.

iii) *Parens manumissor* se asimila al patrono, pero el *extraneus* es pospuesto a las «diez personas»: Co. 16,9,2; Inst. 3,9,3.5; CI. 5,9,1,3.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

Es excluida por los *liberi* del liberto: UE. 29,5.

C) *Sucesión forzosa «ex Edicto».*

a) Patrono o su descendencia agnada masculina.

i) Liberto que hace testamento y no deja como herederos a sus *liberi*, debe la mitad del patri-

monio al patrono: EP.³ 350; Gai. 3,41; UE. 29,1.

ii) Si instituye aunque sea a un *liber*, patrono queda excluido: D. 38,2,6.

iii) Hijos de *parens manumissor* están excluidos de la *honorum possessio contra tabulas liberti* (= *bp contra t. l.*): D. 37, 12,1,5.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

Está excluida de la *bp contra t. l.*: Gai. 3,45; UE. 29,5.

D) *Sucesión intestada «ex lege Papia».*

a) Patrono o su descendencia agnada masculina.

a) Liberto con *ius liberorum* (= *i. lib.*): se aplica el derecho antiguo (= D. Ant.), y *liberi non naturales* le ceden la mitad de su cuota al patrono, quien es excluido por los naturales: Gai. 3,42.

β) Liberto sin *i. lib.*: patrono obtiene cuota viril, en cuanto ello le es más ventajoso: Gai. 3,42.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

a) Hija o nieta (= hija) de patrono tiene *i. lib.*: como el patrono *ex Edicto*, esto es, obtiene la mitad de la cuota que corresponde a *liberi non naturales*: UE. 29,5.

β) Hija del patrono sin *i. lib.*: D. Ant., es decir, es excluida por *liberi* del liberto: Gai. 3,46.

E) *Sucesión forzosa «ex lege Papia».*

a) Patrono o su descendencia agnada masculina.

a) Liberto con *i. lib.*: D. Ant. Debe la mitad al

patrono cuando no deja como herederos a sus *liberi*. Gai. 3,42. Referencia (= Ref.) a r. C. a.

β) Liberto sin *i. lib.*: Gai. 3,42.

i) No instituye a sus *liberi*: debe la mitad al patrono, como en el Edicto.

ii) Instituye a sus *liberi*: debe cuota viril al patrono.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

a) Hija del patrono tiene *i. lib.*: como el patrono *ex Edicto*, esto es, puede reclamar la mitad de los bienes si el liberto, en su testamento, no deja como heredero a uno de sus *liberi*: UE. 29,5.

β) Hija del patrono sin *i. lib.*: D. Ant. No puede promover la *bp contra t. l.*: Gai. 3,46.

2. PATRONO EN LA SUCESIÓN DE LA LIBERTA.

A) *Sucesión intestada civil.*

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

Hijos de liberta, simples cognados, son excluidos por el patrono y sus *sui*.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

Hijos de liberta excluyen al patrono: D. 38, 17,1,9.

B) *Sucesión intestada «ex Edicto».*

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

a) Patrono y su descendencia agnada masculina.

Acuden como *legitimi*, antes de todo sucesor, y excluyen a hijos cognados de la liberta: UE. 29,2.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

Está excluida de la sucesión intestada edictal *voconiana ratione*: Gai. 3,46.47; UE. 29,5.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

Los hijos de la liberta, que son todos naturales, excluyen al patrono. Ref. a 1.B.a.i).

C) *Sucesión forzososa «ex Edicto».*

a) Patrono y su descendencia agnada masculina.

a) Antes de la *lex Papia*: liberta no puede hacer testamento sin la *auctoritas* del patrono, que es su tutor legítimo: Gai. 3,43.

β) Después de la *lex Papia*: liberta con *i. lib.* ya no está sometida a tutela legítima, y su sucesión se rige por la *lex Papia*: UE. 29,3.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

Está excluida de *bp contra t. l.*: Gai. 3,46. Además no puede ejercer tutela.

D) *Sucesión intestada «ex lege Papia».*

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

a) Patrono y su descendencia agnada masculina.

D. Ant.: aun si la liberta tiene *i. lib.*, el derecho legítimo del patrono es superior a la *bp unde cognati* de los hijos de la liberta. Se deduce de Gai. 3,51.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

a) Hija de patrono con *i. lib.*: obtiene cuota viril: Gai. 3,47.

β) Hija de patrono sin *i. lib.*: D. Ant. Está excluida de sucesión *unde legitimi*: Gai. 3,47.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

a) Patrono y su descendencia agnada masculina.

a) *Liberta causante tiene i. lib.: hijos de la liberta excluyen a patrono. Ref. a 1.D.a.a).*

β) *Liberta causante no tiene i. lib.: patrono lleva porción viril. Ref. a 1.D.a.β).*

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

Es siempre excluida por hijos de liberta.

a) *Si la hija del patrono tiene i. lib.: por Ref. de 1.D.b.a) a 1.B.a.i). Los herederos orficianos, todos naturales, nada ceden a hija de patrono.*

β) *Si la hija del patrono no tiene i. lib.: por Ref. de 1.D.b.β) y de 2.D.1.º.b.β).*

E) Sucesión forzosa «ex lege Papia».

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

a) Patrono y su descendencia agnada masculina.

a) *Si liberta causante tiene i. lib.: está libre de tutela legítima y en compensación, debe una cuota viril al patrono: Gai. 3,44; UE. 29.3.*

β) *Si liberta no tiene i. lib.: D. Ant. Patrono es tutor y ha de autorizar el testamento para que sea válido. Gai. 3,43; Ref. a 2.C. a.2).*

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

a) Hija del patrono con i. lib.

i) *Si liberta causante tiene i. lib., según Gayo, D. Ant., e hija es excluida de *bp contra t. l.* Gai. 3,47, parte primera.*

- ii) Si liberta no tiene *i. lib.*: como patrono en la sucesión forzosa *ex Edicto* del liberto, esto es, la liberta debe reservar la mitad de su patrimonio a la hija del patrono. Gai. 3,47, final. Ref. a 1.E.b.α), que remite a 1.C.a.
- β) Hija del patrono sin *i. lib.*: D. Ant. Está excluida de *bp contra t. l.*: Gai. 3,47, final, en relación con 3,46.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

a) Patrono y su descendencia agnada masculina.

a) *Liberta con i. lib.*

- i) *Si instituye eficazmente a los hijos, excluye a patrono. Ref. a 1.E.a.a).*
- ii) *Si no instituye a los hijos, se debe a patrono cuota viril, como antes del senadoconsulto Orficiano (= A. O.). Ref. a 2.E.1.º a.a.).*

β) *Liberta sin i. lib.*

Está sometida a tutela legítima del patrono, pero prácticamente, si tiene hijos, sólo debe porción viril al patrono, como en sucesión intestada: Ref. a 2.D.2.º α. β), por cuanto sus hijos son herederos necesarios.

Si no tiene hijos: A. O. Auctoritas patronal cumple sus fines.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

a) *Hija de patrono con i. lib.*

- i) *Si liberta instituye a sus hijos, la hija del patrono es excluida: Ref. a 1.E.b.a).*
- ii) *Si liberta no instituye a sus hijos: A. O., es decir;*

- x) Cuando liberta causante tiene el *i. lib.*; hija de patrono queda excluida: Ref. a 2.E.1.º.b.a) i).
- xx) Cuando liberta causante no tiene el *i. lib.*, se debe la mitad a la hija del patrono: Ref. a 2.E.1.º.b.a) ii).

β) Hija o nieta de patrono sin *i. lib.*

Están excluidas de *bp contra t. l.*:
Gai. 3,47, en relación con Gai. 3,46.

3. PATRONA EN LA SUCESIÓN DEL LIBERTO.

A) Sucesión intestada civil.

Patrona, llamada en lugar de los agnados, es excluida por los *sui* del liberto. Ref. a 1.A.

B) Sucesión intestada «ex Edicto».

Patrona es excluida por *liberi* —incluso *non naturales*— y llamada como primera legítima: Gai. 3,49; UE. 29,6.

C) Sucesión forzosa «ex Edicto».

Patrona está excluida de *bp contra t. l.*: Gai. 3,49.

D) Sucesión intestada «ex lege Papia».

- a) Patrona con menos de 2 hijos, si ingenua, o menos de 3, si liberta: D. Ant. Es excluida por *liberi*: Gai. 3,50.
- β) Patrona con 2 hijos, si ingenua, o al menos 3, si liberta: como patrono en la sucesión intestada *ex Edicto*, esto es, comparte por mitades la cuota de los *liberi non naturales* del causante: Gai. 3,50.
- γ) Patrona ingenua con *i. lib.* en sucesión de liberto sin *i. lib.*: como patrono en la sucesión intestada

ex lege Papia, en cuanto le resulte más ventajoso, es decir, lleva una cuota viril: Gai. 3,50; UE. 29, 6 y 7.

E) *Sucesión forzosa «ex lege Papia».*

- a) Patrona con menos de 2 hijos, si ingenua, o menos de 3, si liberta: D. Ant. Excluida de *bp contra t. l.*: Gai. 3,49 y 50.
- β) Patrona con 2 hijos, si ingenua, o al menos 3, si liberta: cuando liberto causante no instituye a sus hijos en el testamento, le debe reservar la mitad del patrimonio. Gai. 3,50.
- γ) Patrona ingenua con *i. lib.* en sucesión de liberto sin *i. lib.*: en cuanto le sea más ventajoso, puede reclamar una porción viril. Gai. 3,50; UE. 29, 6 y 7.

4. PATRONA EN LA SUCESIÓN DE LA LIBERTA.

A) *Sucesión intestada civil.*

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

Patrona es llamada como primera legítima, y excluye a hijos cognados de la liberta. Ref. a 2.A.1.º. También Gai. 3,51.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

Hijos de liberta excluyen a la patrona: D. 38, 17,1,9.

B) *Sucesión intestada «ex Edicto».*

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

Patrona, como legítima, desplaza a hijos cognados de liberta: UE. 29,2.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

Sucesores orficianos excluyen a patrona: D. 38, 17,1,9.

C) *Sucesión forzosa «ex Edicto».*

Tanto antes como después del senadoconsulto Orficiano, la patrona está excluida de la *bp contra t. l.*: Gai. 3,49.

D) *Sucesión intestada «ex lege Papia».*

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

D. Ant. Llamamiento legítimo de la patrona supera al cognaticio de los hijos de la liberta: Gai. 3,51.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

Como la patrona en la sucesión del liberto ex lege Papia: Ref. a 3.D. Patrona sólo podrá concurrir con hijos de liberta cuando es ingenua con i. lib. y la causante no tiene i. lib. Lleva en tal supuesto una porción viri.

E) *Sucesión forzosa «ex lege Papia».*

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

a) Patrona con menos de 2 hijos, si ingenua, o menos de 3, si liberta: D. Ant. No puede pedir *bp contra t. l.* Gai. 3,52.

β) Patrona que tiene al menos 2 hijos, si ingenua, ó 3, si liberta: como patrono en la sucesión forzosa *ex Edicto* del liberto, o sea que debe en todo caso (liberta no tiene *liberi* en sentido propio) reservarse la mitad a la patrona Gai. 3,52, que remite a 3,41.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

a) Patrona con menos de 2 ó 3 hijos, según si ingenua o liberta: D. Ant. y A. O. Ref. a 4.E.1.º.a) y 3.E.a). Excluida de *bp contra t. l.*

β) *Patrona con 2 ó 3 hijos, según si ingenua o liberta: se le debe la mitad si liberta no deja*

como herederos a sus propios hijos. Ref. a 4.E.1.ºβ) y 3E.β).

- γ) Patrona ingenua con i. lib. en sucesión de liberta sin i. lib. Se le debe cuota viril en cuanto le reporte ventaja: Ref. a 3.E.γ).

III. ANALISIS DEL ESQUEMA.

I. PATRONO EN LA SUCESIÓN DEL LIBERTO.

A) Sucesión intestada civil.

El patrono sólo acude a falta de *sui*, sin distinción de si éstos son varones o hembras, *naturales* o *non naturales*³³. Como patrono hereda también el manumisor de un *filiusfamilias*, tanto si es *parens* como si *extraneus*³⁴. El derecho hereditario del patrono, se extiende, por una interpretación posterior, a los propios *sui*³⁵.

Como ya lo hemos advertido, a este llamamiento hereditario se le aplican todos los principios que se refieren al *agnatus proximus*³⁶.

B) Sucesión intestada «ex Edicto».

a) Patrono o su descendencia agnada masculina.

Es excluido por los *liberi naturales* del liberto, aun cuando hayan sido emancipados o dados en adopción; los *liberi non naturales*, en cambio, han de ceder al patrono o a los *sui* varones de éste, la mitad de la cuota que les correspondía³⁷. La descendencia masculina del patrono

33. D. 38,16,3.pr.; 26,4,1; 29,4,6,8; 34,5,9,2; 40,3,2; Gai. 3,40; UE. 27,1; 29,1; Co. 16,8,2.

34. D. 37,12,1.pr. 1; Gai. 1,172.175.192; Inst. 1,18.

35. UE. 29,4. *Liberi patroni virilis sexus eadem iura in bonis libertorum parentum suorum habent, quae et ipse patronus*. También Gai. 3,45: *vid. texto infra*, p. 169, n. 52; FV. 308.

36. Cfr. *supra*, p. 151, n. 9, 10, 11, 12

37. Gai. 3,41: ...*Si vero intestatus moriatur suo herede relicto adoptivo filio vel uxore quae in manu ipsius esset, vel nuru quae in manu filii eius*

la hemos de entender agnada ³⁸, por cuanto el patrono concurre como *legitimus* —en la segunda rúbrica del llamamiento pretorio— a diferencia de los hijos del liberto que acuden como *liberi*, sin consideración del parentesco agnaticio ³⁹.

El *parens manumissor* es llamado también como el patrono, y concurre en la misma forma que él ⁴⁰; no así el *extraneus manumissor*, que se pospone a las «diez personas» —padres, abuelos, hijos, nietos, hermanos— parientes cognados próximos del causante ⁴¹.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

Las hijas del patrono, o sus nietas *ex filio*, etcétera, son excluidas por los *liberi* del liberto, incluso los *non naturales* ⁴².

C) Sucesión forzosa «*ex Edicto*».

a) Patrono o su descendencia agnada masculina.

El liberto que hace testamento y no deja como herederos a los *liberi*, debe reservar la mitad del patrimonio al patrono. Los *liberi* del liberto pueden, para estos efectos, ser naturales o adoptivos ⁴³. Se ha de entender que el liberto

fuert, datur aeque patrono adversus hos suos heredes partis dimidiae bonorum possessio. Asimismo Gai. 3,46 y 49.

38. Gai. 3,45. También se exige la *agnatio* a la patrona, requisito que, naturalmente, debemos suponer general para el llamamiento *unde legitimi*: Gai. 3,51.

39. La exclusión del patrono y su descendencia agnaticia del llamamiento *unde legitimi*, cuando ha sido capitisdiminuido, no es óbice para que sea llamado en otra rúbrica posterior, posiblemente *unde familia patroni*: D 38,2,23;pr. Cfr. Voc1, DER. II, p. 29.

40. D. 37,12,1,1.

41. Co. 16,9,2; Inst. 3,9,3,5; Cl. 5,9,1,3 (380).

42. UE. 29,5.

43. Gai. 3,41. *Qua de causa postea praetoris edicto haec iuris iniquitas emendata est. Sive enim faciat testamentum libertus, iubetur ita testari, ut patrono suo partem dimidiam bonorum suorum relinquat, et si aut nihil aut minus quam partem dimidiam reliquerit, datur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiae bonorum possessio.*

no deja como herederos a sus hijos cuando carece de ellos, o cuando son eficazmente desheredados, de manera que no puedan ejercer con éxito ningún recurso contra el testamento ⁴⁴, o cuando, habiendo sido instituidos en compañía de extraños, repudian la herencia (si por ser emancipados no son *necessarii*) o se abstienen de entrar en ella. Por otra parte, basta que uno solo entre varios *liberi* llegue a ser heredero, o que sea instituido en una mínima parte, para que el patrono quede excluido ⁴⁵. Si uno de los *liberi* desheredados o preteridos ejerce con éxito la *bonorum possessio contra tabulas* —recurso que, como sabemos, compete sólo a los *naturales* entre los que no estaban *in potestate* del causante al momento de su muerte ⁴⁶— o la querrela de inoficioso testamento —que se otorga exclusivamente a los naturales ⁴⁷— se abrirá la sucesión intestada, y el patrono quedará excluido también, a no ser que entre los *liberi* haya algún *non naturalis* que le deba ceder la mitad de su cuota ⁴⁸. Sólo cuando no hay concurrencia de los *liberi* bajo ninguna de estas formas, puede el patrono pedir la *bonorum possessio contra tabulas liberti* (*bp contra t. l.*), que como ya lo hemos advertido, presenta ciertos rasgos diferenciales frente a la ordinaria *bonorum possessio contra tabulas* ⁴⁹.

Una última aclaración, respecto del *parens manumissor*: así como la sucesión forzosa favorece tanto al patrono como a sus descendien-

44. Es decir, ni la acción civil derivada de la preterición, ni la *bonorum possessio contra tabulas* ordinaria, ni la querrela *inofficiosi testamenti*.

45. D. 38,2,6,pr.

46. D. (37,4) 1,6,7; 6,2,4.

47. D. (5,2) 1; 6,pr.; 7; 8,8; 23,pr.; 29,3.

48. Como en el caso 1.B.a.ii). Insuficiente el análisis de Voet, *DER*, II, p. 741.

49. Cfr. *supra*, p. 152, n. 14.

tes varones agnados, en el caso de aquel le corresponde exclusiva y personalmente el derecho, puesto que sus hijos están excluidos de la *bp contra t. l.*⁵⁰.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

Las hembras en general, están excluidas, según el Edicto, de la *bp contra t. l.* Respecto de la patrona, ello se dice expresamente⁵¹, y por tanto, con mayor razón lo estarán las hijas del patrono; por otra parte, los textos en que aparecen los beneficiarios de este recurso, enumeran sólo varones descendientes del patrono por línea masculina⁵²; Epítome de Ulpiano, por último, parece excluir expresamente a las hijas del patrono⁵³.

D) *Sucesión intestada «ex lege P. Poppaea».*

a) Patrono o su descendencia agnada masculina.

Se debe distinguir según el liberto disfrute o no del *ius liberorum*, es decir, según si tiene tres hijos naturales habidos de matrimonio o si no alcanza este número. El texto de Gai. 3,42, que nos transmite la solución, no es lo suficientemente explícito al respecto⁵⁴, porque no deter-

50. D. 37,12,1,5.

51. Gai. 3,49.

52. Gai. 3,45. *Quae diximus de patrono, eadem intellegemus et de filio patroni, item de nepote ex filio et de pronepote orto ex nepote filio nato prognato.*

53. UE. 29,5. *Feminae vero ex lege quidem XII tabularum perinde ius habent, atque masculi patronorum liberi. Contra tabulas autem testamenti liberti aut ab intestato contra suos heredes non naturales bonorum possessio eis non competit: sed si ius trium liberorum habuerunt, etiam haec iura ex lege Papia Poppaea nanciscuntur.*

54. Gai. 3,42. *Postea lege Papia aucta sunt iura patronorum, quod ad locupletiores libertos pertinet; cautum est enim ea lege, ut ex bonis eius, qui sestertiorum centum milium plurisque patrimonium reliquerit, et pauciores quam tres liberos habeat, sive is testamento facto sive intestato mortuus erit, virilis pars patrono debeatur. Itaque cum unum filium unamve filiam*

mina si se trata verdaderamente del *ius liberorum* o si es una simple exigencia de número de hijos ⁵⁵: no es una mera cuestión de modo de expresarse, puesto que el *ius liberorum* se obtiene por hijos naturales, no adoptivos, y además, deberíamos entender, si el texto se refiere a él, que ha de incluir también los casos en que es concedido por privilegio del Senado o del Príncipe. Gayo no habla de hijos naturales, sino simplemente de *liberi* (*tres liberos habebit*); pero por otra parte, dice que la *lex Papia* mejoró los derechos de los patronos (*aucta sunt iura patronorum*), lo que sólo es verdad si se supone la exigencia en cuanto a los *liberi* del liberto referida a los naturales: por lo demás, ésta es la única solución congruente con los fines demográficos de la legislación caducaria, pues no podemos entender el requisito de los hijos sino como un estímulo a la natalidad ⁵⁶. Así, las diferentes soluciones serían:

- a) Si el liberto causante tenía el *ius liberorum* al momento de morir, se aplica el derecho antiguo, es decir, los *liberi naturales* excluyen al patrono y los *non naturales* le ceden la mitad de su cuota ⁵⁷. Por derecho antiguo hemos de entender, principalmente, el del Edicto, puesto que las reformas de la

heredem reliquerit libertus, proinde pars dimidia patrono debetur, ac si sine ullo filio filiarum moreretur; cum vero duos duasve heredes reliquerit, tertia pars debetur; si tres relinquat, repellitur patronus.

55. Creemos que no se puede dudar de la existencia de un *ius liberorum* masculino, que se obtiene ordinariamente por la procreación de tres hijos: así lo atestiguan numerosos pasajes literarios, como Dion Casio, LV, 2; Marcial, II, 91 y 92; Plinio el Joven, II, 13,8. A estos testimonios se suma el del propio Gayo, en el pasaje que analizamos. Aunque de ámbito y aplicación más reducidos que el de las mujeres, este *ius liberorum* masculino no deja de presentar interés en materia de incapacidades testamentarias y, como aquí vemos, en la sucesión sobre los bienes del liberto.

56. Para los fines de las leyes caducarias, cfr. *supra*, p. 152, n. 17.

57. Gai. 3,42 se remite, aquí, a Gai. 3,41.

lex Papia se refieren a la *bonorum possessio* ⁵⁸.

- β) Si el liberto no gozaba del *ius liberorum*, el patrono es mejorado respecto del derecho antiguo, y obtiene una cuota viril como si fuera un hijo más ⁵⁹. También en esta parte el texto de Gayo es insuficiente, o para mejor decir, contradictorio, porque, por una parte, dice que el patrono lleva una cuota viril frente a los *liberi*, que debemos entender naturales; por otra parte, agrega que si el liberto tiene un hijo o una hija (naturales), el patrono lleva la mitad, que si dos, una tercera parte, y que si tres, es repetido. El problema surge cuando el patrono concurre con *liberi naturales* y *non naturales*: rechaza la interpretación de que los *non naturales* puedan ser contados en el número de los tres, pues en tal caso, al concurrir el patrono con tres de ellos, sería repelido, y con dos, llevaría una tercera parte, es decir, sus derechos no habrían aumentado, sino disminuido respecto del antiguo orden, merced al cual tomaba para sí la mitad de la cuota de los *non naturales*: rechazada de ciámos, esta interpretación, quedan tres soluciones posibles para la concurrencia simultánea del patrono con naturales y *non naturales*, al tenor del texto de Gayo: o bien lleva aquél una mitad, si el natural es uno, o un tercio, si son dos, en cuyo caso su cuota no es viril, por cuanto el resto ha de ser distribuido entre los *naturales* y *non naturales*; o bien su cuota viril se calcula frente al total de *liberi*, en cuyo caso no obtendrá necesariamente la mitad frente a un natural

58. Gai. 3,46.47.49.50.52.

59. Gai. 3,42.

y la tercera parte frente a dos, sino tal vez una cuota menor si concurre también con no naturales; o bien se deben combinar ambas soluciones, de manera que el patrono obtenga una mitad frente a los *non naturales* y una cuota viril frente a los naturales, pero calculada esta última exclusivamente sobre el número de los naturales. Creemos que es ésta y no otra la solución correcta, por cuanto es la única que siempre reportará una ventaja al patrono ⁶⁰. Pensamos también que si concurre sólo con no naturales, se mantiene el derecho antiguo, ya que el nuevo le sería más perjudicial ⁶¹.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

Para determinar la forma de concurrencia con los hijos del causante, también influye el *ius liberorum*, mencionado expresamente por las fuentes, en este caso, pero no aplicado al causante, como en el anterior, sino a la hija o nieta del patrono: así:

- a) Si la descendiente del patrono tiene el *ius liberorum*, se le concede como premio el mismo derecho que por el Edicto le corresponde al patrono, es decir que, excluida por los *liberi naturales* aun cuando emancipa-

60. Supongamos que con una fortuna de 240, el liberto deja dos *liberi naturales* y dos *non naturales*. Bajo el sistema del Edicto, el patrono obtiene 60, es decir, 30 de cada uno de los *non naturales*. Aplicada la segunda solución, obtendría según la *lex Papia* sólo 48, con lo que sus derechos se verían disminuidos. En otro supuesto, si los naturales son también dos, pero hay seis *non naturales*, el patrono obtiene 90 en la sucesión edictal, pero solamente 80 en la de la *lex Papia* si se acepta la primera de las soluciones propuestas. Únicamente la última solución permitiría al patrono aumentar tanto en el primer caso, de 60 a 100, como en el segundo, de 90 a 110.

61. Ya que frente a los *non naturales* obtiene una mitad, según el derecho antiguo, de manera que si concurre con dos de ellos, la solución de la cuota viril le es perjudicial.

dos o dados en adopción, obtiene la mitad de la cuota que le corresponde a los *non naturales* ⁶².

- β) Si la descendiente del patrono no tiene el *ius liberorum*, se le aplica el derecho antiguo, y en consecuencia, queda excluida por los *liberi* del liberto, sin distinción de *naturales* o *non naturales* ⁶³.

En síntesis, el sistema de la *lex Papia* ha mejorado al patrono cuando sucede a un liberto que no tenía *ius liberorum*, y conserva el derecho antiguo para el caso contrario de que el liberto alcance los tres hijos, o frente a los *non naturales* del causante; respecto de la descendencia agnada femenina del patrono, es mejorada cuando ella misma —no ya el liberto— tiene el *ius liberorum*, y el derecho antiguo se sigue aplicando a la hija o nieta del patrono no honrada por hijos.

E) Sucesión forzosa «*ex lege Papia*».

- a) Patrono o su descendencia agnada masculina.

Nuevamente la situación es diversa según el liberto causante disfrute o no del *ius liberorum*.

- α) Si el liberto, en el momento de morir, tenía el *ius liberorum*, continúa vigente el derecho antiguo, por lo que el causante, si no testa en favor de al menos uno de sus *liberi*, na-

62. Gai. 3,46. *Filia vero patroni et neptis ex filio et proneptis ex nepote filio nato prognata olim quidem habebant idem ius quod lege XII tabularum patrono datum est. Praetor autem non nisi virilis sexus patronorum liberos vocat; filia vero ut contra tabulas testamenti liberti aut ab intestato contra filium adoptivum vel uxorem nurumve, quae in manu fuerit, bonorum possessionem petat, trium liberorum iure lege Papia consequitur; aliter hoc ius non habet.* El pasaje reenvía a Gai. 3,41. Vid. también UE. 29,5, texto en p. 169, n. 53.

63. Gai. 3,46, y UE. 29,5.

turales o adoptivos, según las condiciones ya especificadas, instituyéndolo heredero aunque sea en una mínima parte, ha de reservar para el patrono la mitad del patrimonio, a fin de evitar que éste pueda ejercer la *bp contra t. l.* ⁶⁴.

- β) Si el liberto murió sin *ius liberorum*, se da una solución similar al caso de la sucesión intestada en análogo supuesto ⁶⁵, lo que debemos entender con las reservas que anotábamos, es decir, sobre la base de que los derechos del patrono son mejorados; por eso, si el liberto no instituye a los hijos en el testamento, débese la mitad al patrono, como en el derecho edictal; si instituye a uno de ellos, por lo menos, sea natural o adoptivo, el patrono no queda excluido de la *bp contra t. l.*, sino que se le debe una cuota viril, calculada sobre el total de los *liberi* —*naturales y non naturales*— que han llegado a suceder al liberto ⁶⁶.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

- a) Si la descendiente del patrono goza de *ius liberorum*, puede ejercer la *bp contra t. l.* en los mismos términos que el patrono según el Edicto, lo que significa que puede reclamar la mitad del patrimonio hereditario cuando el liberto hace testamento y no deja como heredero, aunque sea en una mínima parte a uno al menos de sus *liberi* naturales o adoptivos ⁶⁷.

- β) Si la hija o nieta del patrono carece de *ius*

64. Es decir, se aplican los mismos principios que en i.C.a.: Gai. 3,41 y 42.

65. i.D.a.β): Gai. 3,42.

66. *Id.* sede correspondiente, p. 171 s.

67. U.E. 29,5.

liberorum, se sigue el derecho antiguo y será excluida de la *bp contra t. l.* ⁶⁸.

La conclusión general es, pues, idéntica a la que anotábamos para la sucesión intestada *ex lege Papia*: se mejora al patrono frente a un liberto causante sin *ius liberorum* y a la hija o nieta del patrono con *ius liberorum*, en la sucesión del liberto, goce o no el causante del derecho de los hijos; para los demás supuestos, continúa vigente el sistema edictal.

2. PATRONO EN LA SUCESIÓN DE LA LIBERTA.

A) Sucesión intestada civil.

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

La liberta no tiene *sui*, y sus hijos son simples cognados, excluidos de la herencia intestada. El patrono, pues, es llamado en primer lugar, como si fuera *proximus adgnatus*, y se aplican a su llamamiento todas las reglas propias de los *adgnati* ⁶⁹.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

Los hijos cognados de la liberta se anteponen al patrono o patrona, y los excluyen absolutamente ⁷⁰. Ocupan, pues, una posición

68. Gai. 3,46.

69. Cfr. *supra*, p. 151, n. 9,10,11,12.

70. D. 38.17,1,9. (ULPIANUS, libro XII ad Sabinum.) «*Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto*». Hoc ideo dicitur ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat: itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio adcrecet. Et si forte sit filius et patronus, repudiante filo patrono defertur. Único pasaje de la recopilación en el que aparece el senadoconsulto Orficiano aplicado a un caso de sucesión en los *bona libertae*, se refiere a los supuestos en que la herencia de la mujer ha de regularse por el derecho antiguo a falta de aplicación del senadoconsulto por haber repudiado los

semejante a la de los *sui* en la herencia del liberto, pero hay algunas diferencias notables, a saber:

- i) No se admite respecto de los hijos que heredan a su madre, la *successio in locum*, que sólo es reconocida en el derecho tardío ⁷¹;
- ii) El senadoconsulto no hace diferencias entre los hijos legítimos y los espurios (*vulgo concepti, vulgo quacsiti*) ⁷². Verdaderamente, el llamamiento orficiano viene a ser semejante al legítimo, con la particularidad de permitir la aplicación subsidiaria del derecho antiguo ⁷³.

hijos. Con ello quiere significar que el Orficiano, en el caso presente, se ha superpuesto a la sucesión civil intestada (*hereditas*, no *successio* simplemente) o legítima, es decir, al sistema sucesorio de las XII tablas: por extensión, también podríamos aplicar el pasaje al llamamiento edictal, a través de la rúbrica *unde legitimi*, aunque el caso concreto que menciona Ulpiano no sería susceptible de regularse por el Edicto, por cuanto parece usar como ejemplo a una liberta sin *ius liberorum*. Pero lo que resulta del todo inadmisibles es abarcar en el *ius antiquum* inclusive el orden de la *lex Papia*, no mencionado para nada en el pasaje, ni directa ni indirectamente. Ha sido justamente criticado como tribonianeo el fragmento «*eorumve... hereditas defertur*» por comparación con D. 38,17,6,1, pasaje de Paulo que contiene también el texto del senadoconsulto: Cfr. SANFILIPPO, *Festschrift Schulz I* (1951), p. 364, n. 3. La interpolación bizantina tuvo por finalidad incluir en el texto a los sucesores orficianos *in locum*, reconocidos sólo desde el año 389, en CTh. 5.1.4. Pero no hay necesidad de suponer que la parte final del fragmento haya sido interpolada, y yerra LAVAGGI, *La successione della liberta e il sc. Orfiziano*, en *SDHI. 12* (1946), p. 183, cuando estima que el «*defertur*» final reemplazó a una frase originaria semejante a «*eius portio adcrescit*». El error de Lavaggi procede de creer que en la época del senadoconsulto no había otra forma de sucesión para los bienes de la liberta que la señalada por la *lex Papia*; por otra parte, resulta más natural interpretar la referencia al *ius antiquum* como una alusión al sistema tradicional, cual es el civil o legítimo, por cuanto el Orficiano reforma directamente la herencia, y no la *bonorum possessio*. Sobre este problema *vid.* también *infra*, p. 221, n. 208.

71. En el año 389, por una constitución de Valentiniano II, Teodosio y Arcadio, contenida en CTh. 5.1.4.

72. D. 38,17,1,2.

73. D. (38,17), 1,9; 6,1.

B) *Sucesión intestada «ex Edicto».*

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

a) Patrono y su descendencia agnada masculina.

Son llamados bajo la rúbrica *unde legitimi* con preferencia a todo otro sucesor ⁷⁴, de manera que excluyen a los hijos de la liberta, los cuales no son *liberi* sino *cognati*, y acudirán posteriormente en virtud de la rúbrica correspondiente.

Respecto del *extraneus manumissor*, naturalmente que será excluido por los hijos, ya que éstos ocupan lugar preferente entre las «diez personas» llamadas en cuanto cognadas y sin considerar el vínculo de agnación.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

Resultan poco explícitos los textos que se refieren a la sucesión edictal de la hija del patrono. UE. 29,5, ⁷⁵ parecería mencionar únicamente el caso en el que se sucede a un liberto, a pesar de que suscita fundadas dudas el hecho de faltar en esa obra una mención expresa para las hijas del patrono en la sucesión de la liberta: obsérvese que 29,1 trata de la sucesión del patrono en los bienes del liberto; 29, 2 y 3 ⁷⁶, del mismo patrono en los de liberta;

74. UE. 29,2. *In bonis libertae patrono nihil iuris ex edicto datur: itaque seu testari voluerit liberta, in patroni potestate erat, ne testamento auctor fieret in quo ipse heres institutus non esset, seu intestata moriatur liberta, semper ad eam hereditas pertinet, licet liberi sint libertae, quoniam non sunt sui heredes matri, ut obstent patrono.*

75. Vid. texto en p. 169, n. 53.

76. Vid. texto en n. 74, y p. 187, n. 100.

29,4⁷⁷, de los hijos varones del patrono sin distinción del sexo del causante (*libertorum*), y 29,6⁷⁸, se refiere ya a la patrona. Tal vez se podría pensar que 29,5, al procurar resumir los pasajes correspondientes de su modelo gayano, que son Gai. 3,46 y 47, ha fundido en un solo texto la sucesión del liberto y de la liberta en lo que atañe a las hijas o nietas del patrono. Gai. 3,46⁷⁹, por otra parte, no arroja claridad suficiente, porque parece referirse todo él a la sucesión del liberto, lo que no nos permite asegurar que la frase «*praetor autem non nisi virilis sexus patronorum liberos vocat*» tenga validez general: de manera que, por el solo análisis de esos dos textos, no hay argumentos decisivos para inclinarse a creer, ni que la hija del patrono, como *sua*, consigue de la liberta toda la herencia frente a los hijos cognados de ésta, ni que ha sido excluida del llamamiento pretorio intestado de la misma manera que se le niega la *honorum possessio contra tabulas*. La solución la encontramos en Gai. 3,47⁸⁰, donde se nos dice que la hija del patrono con *ius liberorum* consigue, según la *lex Papia*, una cuota viril en la sucesión intestada de la liberta, y como la tendencia general de la legislación caducaria fue favorecer a los que tenían el *ius liberorum*, o al menos no disminuirlos de su situación anterior, debemos deducir que la exclusión sucesoria de las hijas del patrono en el sistema edic-

77. *Vid.* texto en p. 106, n. 35.

78. *Vid.* texto en p. 109, n. 131.

79. *Vid.* texto en p. 173, n. 62.

80. *Vid.* texto en p. 183, n. 95.

tal, es general, así se trate de *bonorum possessio sine tabulis* o *contra tabulas*; así el causante sea un liberto o una liberta ⁸¹.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

Por cuanto la causante no tiene propiamente *liberi*, son llamados los *legitimi*, es decir, aquéllos que tienen la calidad de herederos civiles intestados ⁸². Los sucesores *ex senatusconsulto Orficiano* no son estrictamente *legitimi*, pero están colocados por el pretor como los primeros entre ellos, y ocupan una posición que en cierta manera imita la de los *sui*, de que carece la liberta. Se les concede la *bonorum possessio sine tabulis* bajo la rúbrica *unde legitimi*, y al aplicarse los mismos principios que en el llamamiento civil, los hijos de la liberta postergan al patrono.

Al mismo resultado se llegaría si aplicáramos el principio de analogía con la sucesión del liberto: los sucesores *ex senatusconsulto Orficiano* concurrirían con el patrono en la misma forma que los *liberi* del liberto, y así los naturales deberían excluir al patrono, al paso que los *non naturales* le cederían la mitad de su cuota; pero la madre sólo tiene hijos naturales, puesto que no puede adoptar, de manera

81. La exclusión de la hija del patrono en el llamamiento edictal, tanto *sine tabulis* como *contra tabulas* sería, según ARANGIO-RUIZ, *Ist.*¹⁵ (1957), p. 538, n. 2, una consecuencia de la asimilación entre el llamamiento patronal y el agnaticio, por cuanto el patrono, como *proximi adgnati loco*, está equiparado al colateral de segundo grado, y consiguientemente su hija, colateral de tercer grado, queda excluida *voconiana ratione*. Esta teoría parece acertada y coherente con el sistema sucesorio relativo al patrono, y viene a confirmar la interpretación que hemos hecho de Gai. 3,46 y UE. 29,5; sólo cabría agregar que la *ratio voconiana* se recrudece en el edicto *de bonis libertorum*, puesto que la exclusión en la *bp contra t. l.* llega inclusive a la patrona, situada teóricamente en «segundo grado».

82 D. 38,17,1,9.

que todos sus sucesores por el senadoconsulto excluyen al patrono ⁸³.

C) *Sucesión forzosa «ex Edicto».*

a) Patrono y su descendencia agnada masculina.

Se deberían subdistinguir varios estratos históricos para este apartado, principalmente entre la situación anterior a la *lex Papia* y la posterior a ella, ya que en esta materia, trascienden sus reformas del peculiar orden sucesorio que establece; así pues:

a) Antes de la *lex Papia*, el patrono detenía la tutela legítima sobre la liberta, y ésta no puede hacer válidamente testamento sin contar con la *auctoritas* de aquél ⁸⁴; la necesidad de que el patrono intervenga en el testamento, se considera suficiente garantía, y si presta su *auctoritas* para uno en que se le excluye, no podrá promover más tarde la *bp contra t. l.* El patrono se halla también suficientemente resguardado frente a la posibilidad de que la liberta recurra a la *coemptio* fiduciaria para librarse de la tutela, pues ha de autorizar igualmente cuando la mujer interviene en cualquier acto que se celebra a través de la forma mancipatoria ⁸⁵.

83. Compárese con I.B.a, p. 166.

84. Gai. 3.43. *In bonis libertinarum nullam iniuriam antiquo iure patiebantur patroni. Cum enim hae in patronorum legitima tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere poterant, quam patrono auctore. Itaque siue auctor ad testamentum faciendum factus erat, aut sibi imputare debebat quod heres ab ea relictus non erat, aut ipsum ex testamento si heres ab ea relictus erat, sequebatur hereditas; si vero auctor ei factus non erat, et intestata liberta moriebatur, ad eundem, quia suos heredes femina habere non potest, hereditas pertinebat. Nec enim ullus olim vel heres vel bonorum possessor erat qui posset patronum a bonis libertae intestatae repellere.*

85. Cicero, *Pro Fl.* 34.84; D. 23.2.20, en que aparece [curatoris] <tutoris>.

β) La *lex Papia* excluye de la tutela legítima a las mujeres que han conseguido el *ius liberorum*, de manera que respecto de ellas, pierde el patrono la garantía de la *auctoritas*⁸⁶. Pero como el sistema sucesorio de la *lex Papia* es de general aplicación en las sucesiones cuyas causantes tienen el *ius liberorum*, pues para las mujeres no se hace diferencia en razón de la cuantía del as hereditario⁸⁷, la sucesión edictal no tiene aplicación referida a una causante liberta que ha sido exonerada de la tutela patronal gracias al privilegio de los hijos.

Como observación general, debemos señalar que la *lex Claudia*, mencionada por Gayo⁸⁸, que vino a abolir la *tutela mulierum* legítima, no tuvo ninguna influencia sobre el sistema de sucesión en los *bona libertae*, puesto que dejó subsistente la tutela del patrono, y sólo afectó a los agnados de la mujer⁸⁹. Así, el Edicto no encuentra aplicación en materia de sucesión forzosa de la liberta, por cuanto, si ésta ha conseguido el *ius liberorum*, se le aplica la *lex Papia*, sin límite mínimo por razón de fortuna; si no lo ha conseguido, está sujeta a la *auctoritas* de su patrono, de la que se sirve éste como suficiente medio de asegurarse una asignación congrua. La diferencia de situaciones armoniza perfectamente con lo que parece ser un principio general según el cual la *lex Papia* coloca al patrono en mejor posición cuando el liberto o liberta causantes no tienen *ius liberorum*:

86. Gai. 3.44; 1.145.194.

87. Cfr. *supra*, p. 152, n. 16.

88. Gai. 1.157.171.

89. Los textos que se refieren a la *lex Claudia* limitan su efecto a los agnados; otro pasaje del mismo Gayo testimonia la persistencia de la tutela patronal después de Claudio: Gai. 1.192.

nos remitimos para su explicación a la sede correspondiente ⁹⁰. Tal situación se mantiene inclusive después de la reforma Orficiano.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

Ya hemos anotado que las hembras están excluidas de la *bp contra t. l.* en la sucesión edictal. Además, no pueden ejercer ninguna clase de tutela, al menos durante el período clásico ⁹¹.

D) *Sucesión intestada «ex lege Papia».*

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

a) Patrono y su descendencia agnada masculina.

La *lex Papia Poppaea* nada innova en este supuesto respecto del derecho anterior, tanto legítimo como edictal, y para nada influye el que la liberta tenga o no el *ius liberorum*: esto significa que el derecho del patrono como *legitimus*, prevalece sobre la *bonorum possessio unde cognati* de los hijos de la liberta ⁹². Gai. 3,51, da expresamente esta noticia para el caso de la patrona frente a la sucesión de una liberta, pero naturalmente hemos de pensar que con mucha mayor razón se aplica a favor del patrono ⁹³.

90. *Infra*, pp. 207 ss.

91. La posibilidad de que la madre viuda fuera tutora de sus hijos sólo se reconoció el año 300, en CTh. 3,17,4. El derecho clásico únicamente llegó a permitir una especial intervención moral de la madre en la tutela que otro ejercía sobre los hijos de ella: así D. 3,5,30,6; 20,7,5,8; Cl. 5,31,6 (224). Cfr. BIONDI, *Diritto Romano Cristiano*, II (1952), p. 230.

92. Como en B.I.º.a, según UE. 29,2.

93. Por cuanto la posición del patrono es, cuando no mejor, por lo menos igual que la de la patrona, sin que se pueda advertir ninguna excepción a este principio.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

El sistema de la *lex Papia* hace entrar aquí, como en otros supuestos, el juego del *ius liberorum* para mejorar a la hija o nieta del patrono que lo tuviera, y que en el sistema edictal aparecía excluida *voconiana ratione*⁹⁴.

a) Si la hija del patrono goza del *ius liberorum*, obtiene una porción viril frente a los hijos de la liberta. Entendemos que esta cuota viril se ha de calcular tomando en consideración a todos los hijos de la liberta, más una sola porción que se reparte entre las hijas del patrono que tengan *ius liberorum*.

β) Si la hija o nieta del patrono no tiene *ius liberorum*, está excluida de la *bonorum possessio sine tabulis unde legitimi*, tal como sucedía en el derecho edictal⁹⁵.

94. Sobre la *ratio voconiana* aplicada a la sucesión en los *bona libertorum*, cfr. *supra*, p. 179, n. 81.

95. Gai. 3.47: ... *Sed tamen intestata liberta mortua verba legis Papiae faciunt, ut ei virilis pars debeatur.*

Este texto ha sido, en general, controvertido por su oscura redacción: Cfr. al respecto, LAVAGGI, *La lex Iulia et Papia e la successione nei beni della liberta*, en *St. Sassaesi* 21 (1948), p. 100 ss.; VOCI, *DER. II*, p. 744, n. 25. y DE ZULUETA, *Inst. II*, p. 130. El pasaje que ahora transcribimos no es suficiente para resolver de manera expresa la influencia del *ius liberorum* que, sin embargo, parece ser real según se desprende de la lectura que antecede a nuestro pasaje. Conforme con lo que hemos dicho, cabrían cuatro posibilidades distintas de concurrencia entre los hijos de la liberta y la hija del patrono, según si ésta o la liberta tuviesen o no el *ius liberorum*. Se vio en otros pasajes —I.D.b; I.E.b— o se verá más adelante —2.E.1.º.b—, que la *lex Papia*, cuando de la descendencia femenina del patrono se trata, mejora a la que tiene el *ius liberorum*, conservando el derecho edictal para la que carece de él. Sobre la base de esta distinción fundamental de la ley citada, en algún caso excepcional —2.E.1.º.b—, aun subdistingue dentro de la situación de la *filia patroni* con *ius liberorum*, para mejorarla sólo en el caso

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

a) Patrono y su descendencia agnada masculina.

La condición de los hijos de la liberta ha mejorado notablemente; tanto que en la sucesión civil excluyen absolutamente al patrono. Pero en la sucesión según la lex Papia, tal mejoramiento no puede lógicamente superar al derecho que ya tenían los liberi en igual circunstancia respecto los bienes del liberto difunto: parece, pues, conveniente, aplicar por analogía la misma solución al presente caso, como conjetura más probable de lo que en realidad aprobó la jurisprudencia al interpretar el senadoconsulto Orficiano. Habría que distinguir así:

- x) *Si la liberta causante tenía el privilegio del ius liberorum en el momento de morir, el patrono es excluido por los hijos de la liberta en la misma forma que por el derecho del Edicto, es decir que, siendo «naturales» todos los sucesores ex senatusconsulto Orficiano, excluyen siempre al patrono⁹⁶.*

de que la liberta careciera de él: a ello precisamente se refiere el pasaje inicial de Gai. 3.47 (*Sed ut... .. putant.*) Sobre la sucesión intestada, que ahora nos interesa, creemos que se sigue el principio general de mejorar en todo caso a la patrona con *ius liberorum*, puesto que de beneficiársela sólo cuando la liberta no gozaba del privilegio de los hijos, habría sido ello puntualizado por Gayo, y muy posiblemente se habría extendido al caso la misma disparidad de opiniones que se refleja para la sucesión forzosa. Nuestra interpretación, por otra parte, es la más congruente con la forma en que el texto aparece redactado, puesto que el pasaje todo comienza en Gai. 3.46 hablando de la hija del patrono con *ius liberorum*, y a ella continúa refiriéndose: el pronombre dativo *ei*, inserto en la parte que analizamos, remite justamente al sujeto de la primera oración, que no es, *simpliciter*, la hija del patrono, sino ésta en cuanto tiene el privilegio de los hijos. La nueva mención a la liberta, en cambio, es general, sin hacerse distinción sobre el *ius liberorum* de ella.

96. La referencia de analogía está hecha a I.D.a.α).

β) Si la liberta causante no gozaba del ius liberorum, debe atribuirse al patrono una porción viril⁹⁷, y en este supuesto no existe el problema de concurrencia con liberi non naturales, como veíamos en el caso de los hijos del liberto, puesto que la madre no puede adoptar. Esta solución parece aceptable no sólo por aplicación del criterio de analogía, sino también porque sitúa al patrono de la liberta en una pequeña ventaja frente al del liberto, en cuanto a que el ius liberorum sólo lo obtiene la liberta después de cuatro partos.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

Estén o no las descendientes del patrono honradas con el ius liberorum, serán excluidas por los hijos de la liberta que concurren con ellas a la sucesión intestada de ésta. Para llegar a tal deducción por analogía se debe distinguir, sin embargo, según la hija o nieta del patrono goce o no del ius liberorum:

α) Si la descendiente del patrono tiene el ius liberorum, estaría en situación similar a cuando, también con ius liberorum, concurre a la sucesión intestada ex lege Papia de un liberto, en cuyo caso se le concede el mismo derecho que por el Edicto le corresponde al patrono⁹⁸. Pero este derecho consiste en tomar la mitad de la cuota intestada que correspondía a los liberi non naturales del causante, y como los herederos ex

97. Por referencia a 1.D.a.β).

98. Por referencia de 1.D.b.α), a 1.B.a.i).

senatusconsulto Orficiano son todos naturales, se deduce que, en el supuesto que ahora tratamos, la hija o nieta del patrono es excluida por los hijos de la liberta.

- β) Si la descendiente del patrono no tiene el *ius liberorum*, su situación se asimilaría al supuesto correspondiente en que concurre a la sucesión del liberto, y como en ese caso se le aplica el derecho anterior a la *lex Papia*, queda excluida por los *liberi del liberto*, sean o no naturales⁹⁹. Igual sucedería, pues, frente a los hijos de la liberta.

E) *Sucesión forzosa «ex lege Papia».*

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

- a) Patrono y su descendencia agnada masculina.

El problema de la *tutela mulieris* presenta aquí el mismo interés primordial que para el orden edictal, cuyo estudio, como recordaremos, condujo todo el tema de la sucesión forzosa de la liberta de patrono al campo de la *lex Papia*. Se ha de distinguir, como hicimos entonces, conforme a si la liberta ha sido o no favorecida con el *ius liberorum*.

- a) Si la liberta tiene el *ius liberorum*, está libre de tutela, y el patrono, en compensación, podrá dirigir contra su testamento la correspondiente *bonorum possessio* si no es instituido al menos

⁹⁹. For referencia a 1.D.b.β) su situación también es igual a la que tenía correspondientemente en el derecho anterior al Orficiano. 2.D.1.º.b.β).

en una cuota viril calculada según el número de hijos que sobrevivieron a la liberta ¹⁰⁰.

- β) Si la liberta no tenía el *ius liberorum*, sólo pudo hacer testamento con *auctoritas* de su tutor, vale decir, de su patrono ¹⁰¹. Su situación aquí continúa siendo la que correspondía en el derecho antiguo anterior a la *lex Papia*, según lo hemos visto en el párrafo correspondiente a la sucesión forzosa edictal ¹⁰².

De acuerdo con lo que acabamos de exponer, la diferencia entre las situaciones de la liberta con *ius liberorum* y la que no lo tiene, está en que aquélla goza de facultad para testar libremente, mientras que la que no ha alcanzado el derecho de los hijos, ha de contar con la aprobación de su patrono. La aparición de una *pars debita* para el patrono es la consecuencia, en este caso, de la abolición de la tutela, y se podría pensar que la cuota viril, que se manda destinar al patrono, constituye un cálculo del valor mínimo de la *auctoritas*, como si se estimara que una madre podía esperar normal-

100. Gai. 3,44. *Sed postea lege Papia cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret et eo modo concederet eis etiam sine tutoris auctoritate condere testamentum, prospexit, ut pro numero liberorum quos liberta mortis tempore habuerit, virilis pars patrono debeatur. Ergo ex bonis eius quae, omnino quattuor incolumes liberos reliquerit quinta pars patrono debetur; quodsi omnibus liberis superstes fuerit, tota hereditas ad patronum pertinet.*

U.E. 29,3. *Lex Papia Poppaea postea libertas quattuor liberorum iure tutela patronorum liberavit; et cum intulerit iam posse eas sine auctoritate patronorum testari, prospexit, ut pro numero liberorum libertae superstitem virilis pars patrono debeatur.*

101. Gai. 3,43. *Vid. texto en p. 180, n. 84.*

102. 2.C.a.α).

mente del patrono, al menos, que permitiese la institución testamentaria de sus propios hijos. Tal vez en esto se deba advertir un adelanto o antecedente de la posterior reforma cumplida por el senadoconsulto Orficiano, ya que hay una implícita equipación de los hijos cognados al legitimario que debe ser llamado en primer lugar. En cuanto a la cuota viril, puede tasarse normalmente en la quinta parte del patrimonio de la causante —que tendrá de ordinario un mínimo de cuatro hijos— por lo que la posición del patrono frente al liberto con *ius liberorum*, se nos presenta aparentemente mucho más ventajosa que la que tiene frente a la liberta, a pesar de que los hijos de ésta no son *liberi*, sino simplemente cognados¹⁰³. La anomalía es más aparente que real, porque el liberto debe la mitad del patrimonio sólo cuando no instituye a sus *liberi* —en caso contrario, nada debe— y en cambio la liberta ha de reservar la cuota viril bajo cualquier circunstancia; además, la cuota viril podría llegar a ser para el patrono equivalente a todo el as hereditario, si suponemos que la liberta no tiene hijos porque sobrevivió a todos ellos o —lo que, en verdad, no debió de ser frecuente en una persona de su condición social— porque obtuvo el *ius liberorum* mediante concesión del Príncipe o del Senado.

La ventaja del patrono es mayor, naturalmente, cuanto menos hijos tenga la liberta, por lo que podemos decir que se mantiene el principio de la superioridad jurídica del patrono que sucede a un liberto

103. La situación frente a los hijos del liberto, en 1.E.a. 2), en la que al patrono es debida no una cuota viril, sino la mitad del patrimonio.

o liberta sin *ius liberorum*¹⁰⁴, sólo que en el caso presente, por no habersele podido mejorar aun más, se le determinan límites en la sucesión de la liberta con derecho de hijos.

b) Descendencia agnada femenina del patrono.

La parte final del fragmento 3,47, de las Instituciones de Gayo¹⁰⁵, dice que si la liberta muriera testada, le correspondería a la hija del patrono el mismo derecho que contra las tablas del testamento del liberto, y continúa luego con la observación de que la ley Papia no está muy cuidadosamente redactada en ese pasaje. Parece evidente, en todo caso, que se remite la ley a la disposición cuya noticia nos transmite el propio Gayo en Gai. 3,46¹⁰⁶, texto que, aunque lagunoso, resulta lo suficientemente explícito como para darnos a conocer que se refiere a la sucesión forzosa de la descendencia agnada femenina del patrono en los bienes del liberto. La solución del presente acápite está, entonces, ligada a la similar relativa a la sucesión del liberto¹⁰⁷, y como ella, se hace preciso diferenciar:

a) Si la hija del patrono goza de *ius liberorum*, es mejorada por la *lex Papia*, indudablemente, pero no hasta el punto de asimilarse a la situación que tiene en la sucesión del liberto, cual es la de

104. Cfr. *supra*, pp. 171 y 180.

105. Gai. 3,47. ... *Si vero testamento facto mortua sit liberta, tale ius ei datur, quale datum est contra tabulas testamenti liberti, id est quale et virilis sexus patronorum liberi contra tabulas testamenti liberti habent; quamvis parum diligenter ea pars legis scripta sit.*

106. *Vid.* texto en p. 173. n. 62.

107. Referencia a I.E.b.

poder reclamar la mitad del patrimonio cuando aquél hace testamento y no deja como heredero a uno de sus *liberi* —ventaja demasiado amplia frente a la liberta, que no tiene propiamente *liberari*— sino que es necesario distinguir nuevamente en relación con el *ius liberorum*, aplicado ahora a la liberta.

- i) Si la liberta causante tenía el *ius liberorum*, Gayo expresa la opinión —a la cual él adhiere— de que en ningún caso debe una cuota testamentaria a la hija o nieta del patrono ¹⁰⁸: la opinión que Gayo parece rechazar es de que la liberta con *ius liberorum* debería una cuota viril a la descendiente del patrono que también disfruta de *ius liberorum*. No tenemos más datos para saber la extensión de la controversia, o de si la opinión que sigue Gayo es la de los sabianos, ni tampoco para determinar si se había hecho doctrina común en el último período clásico. Toda conjetura resulta, en esto, aventurada.
- ii) Si la liberta causante carecía de *ius liberorum*, la hija o nieta del patrono tenía los mismos derechos que el patrono en la sucesión forzosa del liberto, según el Edicto. Recordamos que, en esa situación, el liberto que hacía testamento y no dejaba como heredero por lo menos

108. Gai. 3,47. *Sed ut ex bonis libertae testatae quattuor liberos habentis virilis pars ei debeat, ne liberorum quidem iure consequitur, ut quidam putant...*

a uno de sus *liberi* en una mínima parte, debía reservar la mitad del patrimonio al patrono. Ahora bien, como la liberta no puede tener *liberi* en el sentido estricto, deberá reservar en todo caso a la hija del patrono la mitad del patrimonio, cuando hace testamento ¹⁰⁹.

Como se observará, la remisión de Gai. 3,47, final, a 3,46, es exacta cuando se refiere a la patrona sin *ius liberorum*, y aun en el caso opuesto, siempre que se trate de la sucesión de una liberta igualmente sin *ius liberorum*: si la hija del patrono y la liberta causante tenían ambas el privilegio de los hijos, no debemos deducir la solución de Gai. 3,46, ya que se nos transmite explícitamente en la parte inicial de 3,47. Es posible que la falta de claridad que lamenta Gayo haya existido más en la mente de ese autor que en el texto de la *lex Papia*.

- β) Si la hija del patrono no tiene el *ius liberorum*, queda excluida de la *bonorum possessio contra t. l.*, al igual que en el derecho edictal.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

Se puede deducir la solución a través de las distintas situaciones, comparando con el derecho anterior al senadoconsulto para el caso de que los hijos de la liberta no sean instituidos, y con el derecho del patrono frente al liberto para

109. La solución de este caso está en Gai. 3,47, final (texto n. 105), que hace referencia a I.E.b.2), situación que a su vez remite a I.C.a.

el supuesto contrario de que los hijos de la liberta lleguen a heredarla. El principio parece lógico, por cuanto el senadoconsulto sólo debe de haber afectado al orden sucesorio cuando ello significaba una promoción en favor de los hijos cognados de la liberta, y en este supuesto, han de ser llevados teóricamente al mismo plano de ventajas que los *liberi naturales*. Cuando los hijos de la liberta no acuden a la sucesión, porque no existen, porque fueron adecuadamente desheredados o porque repudiaron la herencia, no se advierte entonces razón ni posibilidad de alterar el régimen ya existente antes del Orficiano. Presentamos, de acuerdo con estas premisas que consideramos fundamentales, la solución más posible en cada caso.

a) Patrono y su descendencia agnada masculina.

α) *Si la liberta tenía el ius liberorum, se pueden presentar dos diversas situaciones:*

i) *Instituye al menos a uno de sus hijos en una mínima parte, en cuyo caso este hijo excluye absolutamente al patrono, tal como acontece cuando en similar circunstancia el liberto instituye a uno de sus liberi* ¹¹⁰.

ii) *La liberta no instituye a ninguno de sus hijos, porque no los tiene, o porque los deshereda en términos tales que no pueden ejercer eficazmente la querela inofficiosi*

110. Referencia a I.E.a.α).

testamenti, o habiéndolos instituido, repudian la herencia. Se sigue aplicando entonces el derecho anterior al senadoconsulto ¹¹¹, y la liberta ha de reservar al patrono una cuota viril, calculada sobre el número de hijos que tenía la liberta al momento de morir, hayan o no llegado a heredarle. Tal vez la situación más normal a que se refiere este acápite sea aquélla de la liberta sin hijos, y bajo ese supuesto, la cuota viril del patrono llega a absorber toda la herencia: este hecho explica la aparente anomalía frente a la regla que otorga al patrono una mitad en similar situación referida a la sucesión del liberto que no instituye a sus hijos ¹¹²: decimos anomalía, puesto que no parece normal que el derecho del patrono sea inferior en la sucesión de la liberta que en la del liberto; pero anomalía aparente, por cuanto la cuota viril del patrono que sucede a la liberta puede llegar al total del *as hereditario* ¹¹³.

β) Si la liberta no tiene el *ius liberorum*, está sometida a la tutela de su patrono, como antes del senadoconsulto, y por tanto, sólo podrá hacer testamento con la auctoritas de él. Las consecuencias de la tutela legítima del patrono entran, sin embargo, en conflicto con la categoría de herederos forzosos

111. Referencia a 2.E.1.º.a.α).

112. Referencia a 1.E.a.α).

113. Gai. 3,44. *Vid.* texto en p. 180, n. 100.

que adquieren los hijos cognados, como veremos, mas para ello, conviene que analicemos separadamente las posibilidades de hecho, según los hijos sean o no suficientemente instituidos en el testamento.

- i) *Si la liberta no tiene hijos, o en el testamento autorizado los deshere- da justificadamente, o los instituye en una cuota igual, por lo menos, en una cuarta parte de lo que les habría correspondido en la sucesión intestada, el testamento quedará firme, de manera que el patrono podrá recibir la asignación que se haya establecido en su favor.*
- ii) *Si el patrono sólo consiente en autorizar un testamento que deje cuotas insuficientes a los hijos, podrán éstos ejercer la querela inofficiosi testamenti, de manera que se abrirá la sucesión intestada, y los hijos al igual que el patrono, obtendrán una porción viril ¹¹⁴.*

La situación, pues, aparentemente igual a la que existía antes del senado-consulto ¹¹⁵, ha cambiado sin embargo ahora de una manera fundamental, pues ya no conviene al patrono la apertura del llamamiento *sine tabulis*, a no ser que la liberta no tenga hijos o que en el testamento le haya asignado menos de una porción viril. Verdad es que basta con asignar a los hijos una cuarta parte de su eventual cuota intestada

114. Referencia a la situación descrita en 2.D.2.º.a.β).

115. Referencia a 2.E.1.º.a.β), que remite a 2.C.a.α).

para que el testamento sea inatacable, por lo que el patrono podría llegar a obtener testamentariamente hasta nueve uncias, pero la madre puede mejorar la situación de los hijos mediante el sencillo expediente de negarse a testar. Por eso, en la práctica, no es impropio afirmar que, cuando la madre tiene hijos a quienes desea hacer sus sucesores, debe al patrono solamente una cuota viril, y vemos que esta solución mantiene la analogía con el supuesto correspondiente en la sucesión del liberto. Tales discordancias que se observan entre la *auctoritas* del patrono y la necesidad sucesoria de los hijos, pone de manifiesto que la tutela legítima del patrono —último residuo de la *tutela mulieris legitima*— no puede mantenerse incólume después del senadoconsulto Orficiano ¹¹⁶, por cuanto ha perdido su finalidad primaria de asegurar al patrono determinadas expectativas sucesorias. Sin duda fue esto un factor importante en la definitiva desaparición de la *tutela mulieris* ¹¹⁷.

116. No ha sido advertida frecuentemente la relación que existe entre el senadoconsulto Orficiano y la querrela de inoficiosidad contra el testamento materno, pero es tan íntima que, normalmente, se podría afirmar, ésta depende del nuevo orden sucesorio establecido por aquél. Para que un hijo pueda impugnar por inoficiosidad el testamento de la madre, deberá tener interés en ello, como es requisito general en las demandas, y dicho interés existe exclusivamente en la medida que el querellante sea sucesor intestado. Antes del Orficiano, entonces, sólo cabía pensar en la posibilidad de impugnar como inoficioso el testamento materno si la causante carecía de agnados o de patrono; en cambio, con el nuevo derecho, queda abierta la impugnación en todo caso, puesto que los hijos son los primeros sucesores intestados. Esta relación íntima entre la querrela y el senadoconsulto es reconocida en alguna constitución tardía: CTh. 5.1.4 (389).

117. Es bien sabido que la *tutela mulieris* se menciona todavía en época

- b) Descendencia agnada femenina del patrono.
- α) *Si la hija o nieta del patrono tiene el ius liberorum, la situación será diferente según si la causante instituye o no en el testamento a sus propios hijos.*
- i) *Si la liberta instituye a sus hijos, la descendiente del patrono es excluida, tal como le acontecería frente a los hijos del liberto instituidos por su padre*¹¹⁸.
- ii) *Si la liberta no instituye a sus hijos, o ellos repudian la herencia, será menester distinguir en relación al ius liberorum de la causante, de manera que:*
- x) *Si la liberta causante tenía el ius liberorum, la hija del patrono queda excluida, como ya era el derecho antes del senadoconsulto Orficiano*¹¹⁹, *al menos en opinión de Gayo: tal vez los que opinaban distinto de Gayo, si todavía se mantenía entonces esa corriente doctrinaria, considerarían que a la hija del patrono le era debida en tal circunstancia una cuota viril.*
- xx) *Si la liberta causante no tenía el ius liberorum, se le debía la*

posterior al Orficiano, aunque muy parcamente, inclusive bajo el imperio de Diocleciano: FV. 325 y 326, y que desaparece toda posible referencia a ella después de CTh. 3,17,2 (326). La *interpretatio* de NV. 25, del año 447, da a entender que en el derecho vulgar vuelve a aparecer el requisito de la *auctoritas patroni* para el testamento, pero ya sin distinción se sexos.

118. Referencia a 1.E.b.α).

119. Referencia a 2.E.1.º.b.α.i).

mitad de la herencia a la hija del patrono, y era en esto igual su condición tanto a la que ya tenía antes del Orficiano¹²⁰, como a la que se le daba en la sucesión del liberto en similares circunstancias¹²¹.

- β) Debemos recordar que la descendiente del patrono que no tiene *ius liberorum*, está excluida de la *hp contra t. l.*, puesto que la *lex Papia* no mejoró su condición respecto de la que ya le correspondía según el Edicto¹²². Aun cuando en este caso el principio es general y se hubo de mantener después del Orficiano, puesto que no puede ser más favorable a los hijos de la liberta, resulta aleccionador comprobar que las normas de referencia que hemos empleado —al derecho anterior, si los hijos no eran herederos¹²³, al de la sucesión del liberto, si sucedían¹²⁴— se hacen también posibles de aplicar a este último supuesto con el mismo resultado general de la exclusión en la sucesión forzosa de la hija del patrono sin *ius liberorum*.

3. PATRONA EN LA SUCESIÓN DEL LIBERTO.

A) *Sucesión intestada civil.*

La patrona es llamada en lugar de los agnados, inmediatamente después de los *sui*, y es por tanto,

120. Referencia a 2.E.1.^ob.α.ii).

121. Referencia a 1.E.b.α).

122. Así en Gai. 3.47. final, que remite a 3.46.

123. Referencia a 2.E.1.^ob.β).

124. Referencia a 1.E.b.β).

excluida por éstos: no hay diferencia al respecto entre ella y el patrono ¹²⁵. Lo que se dice de la patrona, no se ha de entender igualmente de sus hijos, puesto que no tienen calidad de *sui* respecto de ella: esto no obsta a que puedan acudir como agnados próximos si la patrona premuerta era viuda que había estado bajo la *manus* de su marido.

Debemos advertir que, si bien es posible el patronato femenino, no existe la posibilidad correspondiente de un derecho similar al *parens manumissor*, por cuanto la mujer no ejerce potestad sobre personas libres.

B) *Sucesión intestada «ex Edicto».*

No existe para la patrona el derecho a obtener de los *liberi non naturales* que le cedan una mitad de su cuota: se aplica en forma estricta el orden edictal, y es simplemente llamada a la *bonorum possessio sine tabulis* como la primera legítima, y es así postergada por los *liberi* del liberto, sin distinción de si son o no naturales ¹²⁶.

C) *Sucesión forzosa «ex Edicto».*

La patrona, como todas las mujeres en el orden edictal, está excluida del ejercicio de la *hp contra t. l.* ¹²⁷.

125. Nos podemos remitir, entonces a lo ya dicho en I.A, p. 166.

126. Gai. 3,49. *Patronae olim ante legem Papiam hoc solum ius habebant in bonis libertorum, quod etiam patronis ex lege XII tabularum datum est. Nec enim ut contra tabulas testamenti ingrati liberti vel ab intestato contra filium adoptivum vel uxorem nurumve bonorum possessionem partis dimidiae peterent, praetor similiter ut de patrono liberisque eius curabat.* También UE 29,6.

127. Gai. 3,49.

D) *Sucesión intestada «ex lege Papia».*

- a) Si la patrona es ingenua con menos de dos hijos o liberta con menos de tres, se continúa aplicando el sistema del Edicto, esto es, los *liberi*, tanto *naturales* como *non naturales*, excluyen absolutamente a la patrona, quien es llamada sólo bajo la rúbrica *unde legitimi* ¹²⁸.
- β) Si la patrona es ingenua con dos hijos o liberta con tres hijos al menos, tiene el mismo derecho que el patrono en la sucesión edictal ¹²⁹, es decir, obtiene la mitad de la cuota correspondiente a los *liberi non naturales* del liberto causante ¹³⁰.
- γ) Un derecho especial se concede a la patrona ingenua con *ius liberorum*, por cuanto, si sucede a un liberto que no tiene el privilegio de los hijos, le corresponde lo mismo que al patrono en la sucesión intestada *ex lege Papia*, es decir, una cuota viril ¹³¹. Este es un privilegio de la patrona ingenua con *ius liberorum*, de manera que si le fuese más ventajoso el derecho correspondiente a la patrona con dos hijos, podría naturalmente optar por aquél: así, si el liberto sólo tiene *liberi non naturales*, le es más ventajoso a la patrona pedir la mitad de sus cuotas

128. Gai. 3,50.

129. Referencia a I.B.a.i) y ii). Gai. 3,41.

130. Gai. 3,50. *Sed lex Papia duobus liberis honoratae ingenuae patronae, libertinae tribus, eadem fere iura dedit, quae ex edicto praetoris patroni habent; trium vero liberorum iure honoratae ingenuae patronae ea iura dedit, quae per eandem legem patrono data sunt; libertinae autem patronae non idem iuris praestitit.*

131. UE. 29,6. *Patronae in bonis libertorum illud ius tantum habebant, quod lex XII tabularum introduxit: sed postea lex Papia ingenuae patronae duobus liberis honoratae, libertinae tribus, id iuris dedit, quod patronus habet ex edicto.*

UE. 29,7. *Item ingenuae trium liberorum iure honoratae eadem lex id ius dedit, quod ipsi patrono tribuit.*

que no una porción viril en el total, e idéntica solución que se daba para el patrono que concurría a la vez con *naturales* y *non naturales* del liberto ¹³², se ha de dar en este caso, que los textos remiten al anterior, de manera que obtendría la mitad frente a los *non naturales* y una cuota viril frente a los *naturales*. Por la misma razón de constituir un privilegio, cuando la falta de algún requisito impide su aplicación, pero es posible incluir el caso en el supuesto anterior relativo a la patrona ingenua con dos hijos o liberta con tres, se aplica este derecho; así, si el liberto causante tiene el *ius liberorum*, o si la patrona, a pesar de haber alcanzado el *ius liberorum*, no es ingenua sino liberta. Se ha de advertir, por último, que la *lex Papia* concede a los hijos varones de la patrona, los mismos derechos que al patrono, con tal de que tenga, al menos, un hijo o hija ¹³³.

E) *Sucesión forzosa «ex lege Papia».*

- a) Si la patrona es ingenua con menos de dos hijos, o liberta con menos de tres, se aplica el derecho antiguo, por lo que los *liberi* del liberto excluirán absolutamente a la patrona, quien está excluida de la *bp contra t. l.* ¹³⁴.
- β) La patrona ingenua con dos hijos, y la liberta con tres al menos, pueden promover la *honorum possessio* contra las tablas del liberto causante que no instituyó a sus propios *liberi*, si éste no les reserva la mitad del patrimonio ¹³⁵. Esto

132. Referencia a 1.D.a.β).

133. Gai. 3,53. *Eadem lex patronae filio liberis honorato fere patronae iura dedit; sed in huius persona etiam unius filii filiaeve ius sufficit.*

134. Gai. 3,49 y 50.

135. Gai. 3,50.

significa que la patrona, si reúne las dichas condiciones, está en la misma situación que el patrono en la sucesión forzosa según el Edicto ¹³⁶; paralelamente a la patrona con dos o tres hijos en la sucesión intestada, que también es asimilada al patrono en la sucesión *sine tabulis* del liberto.

- γ) La patrona ingenua con *ius liberorum* tiene un privilegio especial frente a las tablas del liberto sin *ius liberorum*, por cuanto le es debida una porción viril ¹³⁷. La ventaja de este privilegio frente a la situación de cuando tiene dos hijos, está en que sucede forzosamente aun cuando el causante ha instituido a sus propios *liberi*. Lo que dijimos en el supuesto similar para el caso de la sucesión intestada ¹³⁸, vale igualmente en éste, de manera que si la patrona ingenua con *ius liberorum* es preterida en el testamento de un liberto también con *ius liberorum* que no dejó *liberi*, podrá pedir la mitad del patrimonio mediante la *hp contra t. l.* ¹³⁹.

En síntesis, la *lex Papia* mejora a la patrona respecto del derecho edictal, tanto en la sucesión intestada como en la forzosa, estableciendo una graduación según el número de hijos que tenga: si le faltan dos hijos para alcanzar el *ius liberorum*, la mantiene en la misma situación anterior; si sólo le falta un hijo, la promueve hasta el nivel del patrono según el Edicto, y si ingenua con *ius liberorum*, hasta el nivel del patrono en la sucesión *ex lege Papia*, e igual que en tal supuesto, sólo si el liberto no tiene el *ius liberorum*.

136. Referencia a 1.C.a.i).

137. Gai. 3.50; UF. 29.6 y 7.

138. 3.D.7), p. 199.

139. Gai. 3.53.

4. PATRONA EN LA SUCESIÓN DE LA LIBERTA.

A) *Sucesión intestada civil.*

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

Como la liberta no tiene *sui*, el llamamiento legítimo se hace, en primer lugar, a la patrona, que ocupa así una situación similar al *adgnatus proximus* y excluye a los hijos simplemente cognados de la liberta ¹⁴⁰.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

Los hijos de la liberta ocupan una situación preferente a la de todos los demás herederos, de modo que su llamamiento excluye a la patrona ¹⁴¹.

B) *Sucesión intestada «ex Edicto».*

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

La patrona es llamada a la *honorum possessio sine tabulis* como la primera legítima, y excluye a los hijos de la liberta, cuyo llamamien-

140. Como en el caso correspondiente del patrono, 2.A.1.º, p. 175. También Gai. 3,51. *Quod autem ad libertinarum bona pertinet, siquidem intestatae decesserint, nihil novi patronae liberis honoratae lex Papia praestat. Itaque si neque ipsa patrona neque liberta capite deminuta sit, ex lege XII tabularum ad eam hereditas pertinet et excluduntur libertae liberi; quod iuris est etiam si liberis honorata non sit patrona; numquam enim, sicut supra diximus, feminae suum heredem habere possunt. Si vero vel huius vel illius capitis deminutio interveniat, rursus liberi libertae excludunt patronam, quia legitimo iure capitis deminutione perempto evenit, ut liberi libertae cognationis iure potiores habeantur.*

141. D. 38,17,1,9 (*vid.* texto en p. 175, n. 70). Según ese fragmento, los hijos de la liberta excluyen al patrono, por lo que, con mayor razón, excluirán a la patrona.

to sólo sobreviene bajo la rúbrica *unde cognati*¹⁴².

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

Los hijos de la liberta pasan a ocupar una situación sucesoria similar a los *liberi* del liberto, de manera que excluyen a la patrona así como ésta es excluida en la sucesión intestada del liberto por los hijos de éste¹⁴³.

C) *Sucesión forzososa «ex Edicto».*

Tanto en el derecho anterior, como el posterior al senadoconsulto Orficiano, la patrona está excluida del ejercicio de la *bp contra t. l.* en la sucesión edictal¹⁴⁴.

D) *Sucesión intestada «ex lege Papia».*

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

La *lex Papia* no concede nada nuevo a la patrona, aunque tuviera el *ius liberorum*, puesto que su situación no puede ser mejorada respecto de la que ya se le concedía en el Edicto. La superioridad de la patrona frente a los hijos cognados de la liberta, se mantiene inclusive cuando ésta goza del *ius liberorum*¹⁴⁵.

142. Ue. 20,2, que también es aplicable a la patrona en cuanto que la liberta, como mujer, no tiene *sui heredes*.

143. Referencia a 3.B. En principio también se puede aplicar a este caso el citado pasaje de Ulpiano, en D. 38,17,1,9, pese al problema práctico que suscita la probable falta de *ius liberorum* en el ejemplo citado. Sin embargo, el llamamiento edictal incluye el legítimo.

144. Gat 3,49.

145. Gat 3,51.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

La situación anterior no puede continuar, ya que los hijos de la liberta han sido promovidos hasta alcanzar un nivel semejante a los liberi. Por analogía, se puede estimar que la solución es similar a la que corresponde a la patrona en la sucesión intestada del liberto según la lex Papia¹⁴⁶: recordaremos que, en esa circunstancia, la patrona que le falta un hijo para alcanzar el ius liberorum comparte la mitad de la cuota que corresponde a los liberi non naturales¹⁴⁷; pero tal supuesto no es aplicable a nuestro caso, ya que de todos los sucesores ex senatusconsulto Orficiano son naturales. Por eso, la patrona sería desplazada por los hijos de la liberta, a no ser que estuviese en la posición de privilegio que se otorga a la patrona ingenua con ius liberorum cuando sucede al liberto sin ius liberorum¹⁴⁸, ya que, en tal caso, podría suceder en una cuota viril. Así, los hijos de la liberta excluyen siempre a la patrona cuando la causante tenía el ius liberorum; en caso contrario, la patrona llevará una cuota viril si reúne la doble condición de ser ingenua y tener el ius liberorum.

E) Sucesión forzosa «ex lege Papia».

1.º Antes del senadoconsulto Orficiano.

- a) La patrona sin hijos, o con menos de dos o tres, según sea ingenua o liberta, sigue en la misma situación que antes de la ley, lo cual significa que no puede pedir la *bp contra t. l.*¹⁴⁹.

146. Referencia a 3.D.

147. 3.D.β), según lo dice Gai. 3,50.

148. Referencia a 3.D.γ), p. 100.

149. Ga. 3,52. *Cum autem testamento facto moritur liberta, ea quidem*

β) La patrona que es «honrada por hijos», tiene los mismos derechos que el patrono *ex Edicto* frente al liberto ¹⁵⁰. La expresión «*liberis honorata*» que usa el texto de Gayo se debe entender, a nuestro juicio, no en el sentido de *ius liberorum*, sino en el de la exigencia más benigna de dos o tres hijos, según la patrona sea ingenua o liberta, para suceder al liberto en igual supuesto ¹⁵¹. En cuanto a la asimilación con los derechos edictales del patrono en la sucesión del liberto ¹⁵², significa que la patrona podrá obtener en todo caso para sí la mitad del *as* hereditario de la liberta, ya que este derecho le es concedido al patrono para el caso de que el liberto no instituya en el testamento a sus herederos necesarios, de los que carece la liberta ¹⁵³.

2.º Después del senadoconsulto Orficiano.

α) Si la patrona tiene menos de dos hijos, cuando es ingenua, o menos de tres cuando es liberta, se le aplica el derecho antiguo, esto es, está excluida de la *bp contra t. l.*: es la misma situación anterior al Orficiano, puesto que en este caso resulta imposible mejorar más la posición de los hijos de la liberta frente a la patrona ¹⁵⁴. La solución

patrona quae liberis honorata non est nihil iuris habet contra libertae testamentum; ei vero quae liberis honorata est hoc ius tribuitur per legem Papiam, quod habet ex edicto patronus contra tabulas liberti.

150. Gai. 3.52.

151. Como *ius liberorum* lo interpreta DE ZULUETA, *Inst. II*, p. 131. Más convincentemente VOGL, *DER II*, p. 743, n. 16, sostiene la opinión a que hemos adherido.

152. El texto de Gai. 3.52, se remite en esta materia a Gai. 3.41.

153. Es fundada la opinión de VOGL, *DER II*, p. 743, de que la liberta con *ius liberorum* excluye a la patrona.

154. Referencia a 4 E.1.º.α).

es también idéntica que para el caso análogo de la patrona con menos de dos o tres hijos en la sucesión del liberto ¹⁵⁵.

- β) *La patrona «honrada por hijos», es decir, con dos si ingenua o tres si liberta, tiene derecho a que la liberta causante le reserve la mitad de la herencia si no instituye a sus propios hijos. En el fondo, esta nueva situación es igual a la que existía antes del senadoconsulto ¹⁵⁶, pues entonces se remitía al derecho edictal del patrono frente al liberto, y se reservaba a aquél la mitad si no instituía el liberto a sus herederos necesarios: la diferencia de resultado se debe únicamente a que el senadoconsulto eleva a la calidad de «necesarios» a los hijos de la liberta, ya que pueden ahora intentar eficazmente la querrela de inoficioso testamento, además, la solución concuerda con la análoga de la patrona con dos o tres hijos en la sucesión del liberto ¹⁵⁷.*
- γ) *Creemos que también se debió conceder a la patrona ingenua con ius liberorum el mismo privilegio que tenía frente a la sucesión del liberto sin ius liberorum ¹⁵⁸; esto es, si la liberta causante tenía menos de cuatro hijos, se le debería una cuota viril cuando ello le fuera más ventajoso que pedir la dimidia pars. Este derecho a la cuota viril, como recordaremos, compete incluso si el causante ha instituido a sus hijos en el testamento ¹⁵⁹.*

155. Referencia a 3.E.α).

156. Referencia a 4.E.1.^o.β).

157. Referencia a 3.E.β).

158. Referencia a 3.E.γ).

159. Cfr. *supra*, p. 201.

Hemos de repetir, por último, que los derechos otorgados al patrono por la *lex Papia*, cualquiera que sea el caso concreto de que se trata, se entienden también conferidos a los hijos de la patrona que tengan al menos un hijo ¹⁶⁰.

IV. ESTUDIOS PARTICULARES.

A) El propósito general de la *lex Papia*, deducido a través de sus reformas al sistema sucesorio de los bienes del liberto o liberta, es el de mejorar al patrono o patrona que sucede a un liberto o liberta sin *ius liberorum*, y también mejorar a la descendencia agnada femenina del patrono que goza ella misma del privilegio de los hijos ¹⁶¹: consideramos separadamente, desde el punto de vista del patrono, de la patrona, o de la hija o nieta de aquél, cómo operaron estas reformas.

a) Decíamos que el patrono es mejorado frente a la sucesión del causante que no tiene *ius liberorum*, estableciéndose así una especie de castigo contra los sucesores familiares o testamentarios del liberto o liberta que no alcanzaron dicho privilegio; este principio, válido absolutamente cuando el causante es un liberto, ha de ser matizado tratándose de la sucesión de la liberta: Gai. 3,42 ¹⁶² es exacto, sin ninguna reserva, cuando, refiriéndose a los *bona liberti*, dice que los derechos del patrono son aumentados.

En la sucesión intestada del liberto, la *lex Papia* conserva el derecho antiguo para el supuesto de que el causante tenga *ius liberorum* ¹⁶³, dando-

160. Gai. 3,53.

161. Cfr. pp. 173, 175 y 201.

162. *Ibid.* texto en p. 160.

163. I.D.2.a), p. 158.

se por tanto al patrono la mitad de la cuota que corresponde a los *liberi non naturales* del liberto; si por el contrario, éste no tiene el *ius liberorum* ¹⁶⁴, el patrono obtiene no ya una porción exclusivamente completada con parte de las cuotas de los adoptivos y de la mujer *in manu*, sino que alcanza a una porción viril, cualquiera que sea la calidad de los hijos del liberto, en lo que ello le sea más ventajoso, conforme ya lo explicamos en su oportunidad: vale decir que si concurre con *liberi non naturales* solamente, llevará siempre una mitad; si con solos naturales, una cuota viril calculada como si él fuera un hijo más, y si con unos y otros simultáneamente, una cuota viril frente a los naturales más la mitad frente a los *non naturales* ¹⁶⁵. Cuando el liberto muere testado, el derecho edictal reservaba la mitad del patrimonio al patrono, sólo en el supuesto de que los hijos del causante no llegaran a sucederle, y bastaba que uno de ellos, aun cuando *non naturalis*, fuese instituido en una mínima cuota, para que nada se debiera al patrono ¹⁶⁶. La *lex Papia* da entrada al patrono en el testamento hecho por un liberto sin *ius liberorum*, incluso si ha instituido a sus hijos, disponiendo que se le deba reservar una cuota viril, que suponemos calculada sobre el total de los hijos instituidos, con el límite máximo de la mitad del as hereditario ¹⁶⁷.

Respecto de la sucesión en los bienes de la liberta, decíamos que se debe puntualizar más cuidadosamente la nueva posición del patrono. Si la liberta moría intestada, el patrono, según el Edicto, era llamado en primer lugar como si fuese *adgnatus proximus*, y desplaza a todos los demás sucesores, incluso los hijos cognados, de manera

164. I.D.a.β). p. 158.

165. Cfr. pp. 171 s.

166. I.E.a.α), pp. 158 s.

167. I.E.a.β), p. 159.

que la *lex Papia* no pudo mejorar al patrono de una posición que era ya óptima ¹⁶⁸. En cuanto a la sucesión forzosa, el derecho anterior a la *lex Papia* aseguraba al patrono una participación en la herencia testamentaria a través de un expediente indirecto pero eficaz, por cuanto, sometida como estaba la liberta a la tutela legítima de su patrono, necesitaba la *auctoritas* de éste para poder testar ¹⁶⁹. Mas, puesto que dicha ley excluyó de la tutela legítima a la mujer con *ius liberorum*, se crea una diferencia que el nuevo sistema mantiene, aunque compensando parcialmente al patrono que perdió la tutela con la posibilidad de ejercer la *bp contra t. l.*, si la liberta no le reservaba en su testamento una porción viril ¹⁷⁰.

De esta manera se puede decir que la *lex Papia*, en lo que atañe a los derechos sucesorios del patrono, procura establecer una diferencia según si el causante tiene o no el *ius liberorum*, y así mejora en general, al patrono frente a los hijos del liberto que no tenía *ius liberorum*, y disminuye la posición patronal frente al testamento de la liberta con el *ius liberorum*. Las reformas augústeas dejaron inalterado el orden sucesorio del patrono en la liberta que muere intestada, posiblemente porque en esa época habría todavía resultado insólito dar entrada a cognados junto al patrono, aun cuando la causante hubiera ganado el *ius liberorum*: esta reforma habrá de esperar hasta la época del senodoconsulta Orficiano.

- b) Las hijas o nietas agnadas del patrono son favorecidas por la *lex Papia* cuando ellas mismas —no el causante— tienen el *ius liberorum*. Excluidas, en el orden edictal, tanto de la *bp sinet.* como de la *bp contra t. l.*, consiguen, si han alcanzado el

168. 2.B.1.º.a. y 2.D.1.º.a., pp. 159 y 160.

169. 2.C.1.º.a) y 2.E.1.º.a.β), pp. 160 y 161.

170. 2.E.1.º.a), p. 161.

esta posición óptima, se la promueve a otra que sea más propiamente intermedia, y se le otorga una cuota viril, como al patrono en la sucesión del liberto sin *ius liberorum*, según la *lex Papia* ¹⁷⁶.

- c) En cuanto a las patronas, excluidas también de la *bp contra t. l.* por el derecho edictal, lo mismo que de la concurrencia con *liberi* en la *bp sine tabulis*, su nueva situación es algo más compleja, por cuanto la *lex Papia* las promueve en dos grados sucesivos, según si les falta sólo un hijo para alcanzar el *ius liberorum*, o si siendo ingenuas, tienen íntegro el privilegio de los hijos. En el primer grado, se les da la mitad de la cuota de los *non naturales* en la sucesión intestada del liberto ¹⁷⁷, y una cuota viril frente a los *liberi* del causante en la sucesión testamentaria del liberto ¹⁷⁸. Al trasladarse el problema a la sucesión en los bienes de la liberta, hemos de advertir que la posición de la patrona es ya óptima en el llamamiento edictal *sine tabulis*, ya que como legítima, antecede a todos los hijos cognados ¹⁷⁹; pero estaba excluida de la *bp contra t. l.* ¹⁸⁰, y la *lex Papia* la mejora concediéndole la posibilidad de reclamar hasta la mitad del patrimonio sucesorio ¹⁸¹. En todos estos casos, la patrona alcanza el nivel del patrono en la sucesión edictal del liberto, incluso si se trata de la *bonorum possessio sine tabulis* de la liberta, donde, a pesar de que la patrona no es mejorada, por cuanto ya según el Edicto le corresponda la totalidad del as hereditario, su situación estaba previamente asimilada a la óptima del patrono.

176. Ref. a 1.D.a.β), pp. 158 y 171 s.

177. 3.D.β), pp. 163 y 199.

178. 3.E.β), pp. 164 y 200 s.

179. Ref. a 4.B.1.º, p. 164 y 4.D.1.º, p. 165.

180. Ref. a 4.C., p. 165.

181. 4.E.1.º.β), pp. 165 y 205.

El segundo grado de promoción corresponde a la patrona ingenua con *ius liberorum*, quien alcanza el nivel del patrono en la sucesión *ex lege Papia* del liberto. Esta regla, de valor teórico general, sólo tiene interés práctico en la sucesión del liberto, puesto que, referida a la liberta, nos encontramos: que en la sucesión intestada, el derecho de la patrona es ya óptimo ¹⁸², y se confunden en un solo nivel los de patrono y patrona, tanto en el Edicto como en la *lex Papia* como entre ambos; en cuanto a la sucesión forzosa, la diferencia de derechos para el patrono entre el Edicto y la *lex Papia* radica en los *liberi* del liberto, según el causante los instituya o no en el testamento ¹⁸³, pero esta diferencia no se puede aplicar a la sucesión de la liberta, ya que sus hijos no son *liberi* en el sentido edictal, de manera que, prácticamente, no hay diferencia entre asimilar la sucesión de una causante femenina a la que corresponde al patrono en los bienes del liberto según el Edicto o a la misma según el orden de la *lex Papia*.

Cuando referimos el principio a la *bonorum possessio* de la patrona en la herencia del liberto, sí que hay diferencia según el modelo sea la sucesión patronal edictal o *ex lege Papia*, y así como vimos que el primer grado de promoción lleva a la edictal, el segundo grado alcanza a un nivel efectivamente más favorable para la patrona, que es semejante al del patrono según la *lex Papia*. De acuerdo con ello, la patrona ingenua lleva una cuota viril si no hay testamento ¹⁸⁴, y se le debe una porción viril con el límite máximo de una mitad, frente a los hijos del liberto, cuando éste hizo testamento, siempre en el supuesto —como cuando

182. Cfr. *supra*, n. 179.

183. Ref. a I.C.a. pp. 157 s. y I.E.a., pp. 158 s.

184. 3.D.7), pp. 163 s. y 199 s.

se trataba de la concurrencia del patrono— de que el liberto causante no tenga el *ius liberorum*¹⁸⁵.

Podríamos, para finalizar este apartado, intentar la siguiente síntesis de todas las reformas introducidas por la legislación de Augusto en el sistema sucesorio del liberto y la liberta:

- a) Mejora al patrono en la sucesión del liberto o la liberta que no tengan *ius liberorum*, salvo cuando la posición patronal sea ya óptima.
- b) Por razón de la caída de la *tutela mulieris legitima*, respecto de las que detentan el *ius liberorum*, compensa al patrono que dejó de ser tutor con la facultad de reclamar una cuota viril mediante la *hp contra t. l.*
- c) Promueve a las hijas o nietas *ex filio* del patrono que gocen de *ius liberorum* hasta la situación «media» —no óptima— del patrono. Normalmente este derecho «medio» patronal es el que le corresponde en la sucesión del liberto según el Edicto, y que él mismo conserva cuando el causante a quien sucede tenía *ius liberorum*, pero en el caso de la sucesión intestada en los bienes de la liberta, la aplicación del derecho edictal del patrono frente a la sucesión intestada del liberto, conduciría a que se le diera a la hija del patrono un derecho «óptimo», y por eso se prefiere aplicarle como «medio» el que corresponde al patrono en la sucesión intestada del liberto sin *ius liberorum*, según la ley Papia.
- d) Promueve a la patrona que le falta un hijo para alcanzar el *ius liberorum*, hasta el nivel del patrono en la sucesión edictal del liberto.
- e) Promueve a la patrona ingenua con *ius liberorum*, hasta el nivel del patrono en la sucesión *ex lege Papia* del liberto.

185. 3.E.7), pp. 164 y 201.

- f) Reconoce al hijo varón de la patrona los mismos derechos que otorga al patrono, con tal de que tenga, al menos, un hijo o hija.
- B) El orden de las XII Tablas mostraba absoluta preferencia por los hijos del liberto frente al patrono, en forma tal, que no cabía posibilidad alguna de concurrencia entre unos y otros, y a pesar de que, como advierte Gayo, «esta iniquidad del derecho fue enmendada»¹⁸⁶ por el Edicto, la regla general continuará siendo que los *liberi* del liberto excluyan al patrono, a la descendencia femenina de éste y a la patrona, tanto de la sucesión intestada como de los testamentos en que han sido eficazmente instituidos. Sólo por excepción, el llamamiento del patrono o patrona puede ser simultáneo al de los *liberi liberti* en forma tal que se dé una verdadera concurrencia sucesoria. Para el recuento de estos casos excepcionales, distinguiremos entre *liberi naturales* y *non naturales*.
- a) *Liberi naturales*: concurren con el patrono o la patrona sólo si el causante, padre de ellos, no tenía el *ius liberorum*, en los siguientes casos:
- α) Con el patrono, o con la patrona ingenua que tiene *ius liberorum*, en la sucesión intestada *ex lege Papia*, y llevan unos y otros una cuota viril¹⁸⁷.
- β) En la sucesión testada *ex lege Papia*, si han sido instituidos eficazmente en el testamento, deben ceder al patrono, o a la patrona ingenua con *ius liberorum*, al menos una porción viril¹⁸⁸.

186. Gai. 3.41: ...*Postea praetoris edicto haec iuris iniquitas emendata est.*

187. 1.D.a.β), pp. 158 y 171 s., para el patrono; 3.D.γ), pp. 163 s. y 199 s. para la patrona.

188. 1.E.a.β).i), pp. 159 y 174, para el patrono; 3.E.γ), pp. 164 y 201, para la patrona.

b) *Liberi non naturales.*

- a) Ceden al patrono la mitad de su cuota en la *bonorum possessio sine tabulis* propiamente edictal ¹⁸⁹.
- β) Comparten en la misma forma su cuota con el patrono, o con la patrona que tenga dos hijos si ingenua o tres si liberta, en la sucesión intestada que se regula por la *lex Papia* ¹⁹⁰. Recordamos que una recta interpretación de Gai. 3,42, nos llevó a la conclusión de que esta forma de concurrencia se aplica tanto si el causante tenía como si no tenía *ius liberorum*.
- γ) Comparten por mitad su cuota con las hijas del patrono que tengan *ius liberorum*, en la sucesión intestada *ex lege Papia* ¹⁹¹.
- δ) Han de ceder una cuota viril al patrono, o patrona ingenua con *ius liberorum*, en la sucesión testada *ex lege Papia*, de la misma forma que los *liberi naturales* ¹⁹².

C) El texto del senadoconsulto Orficiano no hace alusión directa a la herencia de la mujer libertina, por lo que parece evidente que su aplicación a tal supuesto hubo de ser obra de la jurisprudencia ¹⁹³. A pesar de los escasos testimonios que conservan las fuentes de la recopilación, son sin embargo suficientes para afirmar que hubo una efectiva extensión de los beneficios del senadoconsulto en favor de los hijos de la liberta; pero queda todavía abierta la labor —más de una vez

189. I.B.a.ii), pp. 157 y 166.

190. I.D.a.α), pp. 158 y 170, para el patrono; 3.D.β), pp. 163 y 199, para la patrona.

191. I.D.b.α), pp. 158 y 172.

192. *Vid. supra*, n. 188.

193. Cfr. Marianne MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orficianum*, pp. 69 ss.

emprendida— de esclarecer la forma en que se acomodó la interpretación jurisprudencial al derecho existente, en particular al sistema sucesorio de la *lex Papia*.

Tres soluciones son posibles en teoría: suponer que la aplicación del Orficiano fue radical, en el sentido de que los hijos de la liberta excluían absolutamente al patrono; o bien pensar que la jurisprudencia hizo un distingo conforme la liberta hubiera alcanzado o no el *ius liberorum*, identificando a la situación de la ingenua exclusivamente la de aquellas libertas que tuvieran el *ius liberorum*¹⁹⁴, o por último, estimar que los derechos de los hijos de la liberta fueron mejorados sólo hasta la medida de favor que tenían ya los hijos del liberto.

Debemos rechazar de plano la posibilidad de la primera solución: en favor de ella se podría invocar la parte final de D. 38,17,1,9¹⁹⁵, por cuanto ese pasaje de Ulpiano parece sugerir que no había ninguna excepción ni atenuación en favor del patrono, y que el principio orficiano de mejorar los hijos cognados a expensas de los agnados, se lleva hasta el último extremo de su rigor. Sin embargo, ya hemos advertido que el texto trata la herencia, y no la *bonorum possessio*, por lo que el comentario a Sabino de Ulpiano se limita a referir los efectos civiles de la aparición de sucesores orficianos en la herencia de la liberta, sin intentar consignar en ese lugar las soluciones derivadas de la *lex Papia*, que en materia de *bona libertorum* se concretaban a través de la *bonorum possessio*. Perfecto paralelo con el citado pasaje, guarda otro de los mismos comentarios a Sabino de Ulpiano, contenido en el libro XIV:

D. 38,16,3 pr. (ULPIANUS, libro XIV ad Sabinum). *Intestato liberto mortuo primum suis deferri hereditatem verum est; si hi non fuerint, tunc patrono.*

194. Cfr. KASER, *RP. I*, p. 313; MEINHART, p. 74.

195. *Vid.* texto supra, p. 175, n. 70.

Cuyo texto no puede referirse a la *bonorum possessio*, ni según el sistema edictal, ya que excluye la mención a los *liberi non naturales*¹⁹⁶, ni según el orden de la *lex Papia*, por cuanto prescinde de mencionar el derecho a la cuota viril que tiene el patrono frente a los *liberi naturales* del liberto sin *ius liberorum*¹⁹⁷.

La aplicación absoluta del senadoconsulto Orficiano, por otra parte, habría creado una intolerable situación de desigualdad entre los *liberi* del liberto y los hijos cognados de la liberta, en favor de estos últimos, que no podríamos salvar sino suponiendo que, respecto de la sucesión del liberto, cesó de aplicarse toda disposición que llevara a la concurrencia del patrono o su descendencia agnada con los *liberi naturales* del causante: esto significaría la caída en desuso del sistema de la *lex Papia*, y especialmente, la desaparición de todo vestigio de distingo sucesorio fundamentado en el *ius liberorum*. Pero tenemos claros testimonios que muestran cómo ello no había sucedido en época de Ulpiano, particularmente D. 37,14,16,pr.¹⁹⁸, en el que el jurisconsulto considera nulos los actos que ejecutó el liberto para obtener fraudulentamente la merma de su patrimonio hasta una cantidad inferior a los 100.000 sestercios, con el fin de que no se aplicase a su sucesión el orden propio de la *lex Papia*.

Además, dicha ley estaba vigente sin duda para la sucesión de la liberta aun después del Orficiano. Se ha invocado como argumento para probar este aserto la constitución de CTh. 5,1,3¹⁹⁹, cuyo carácter de ley imperial —no de simple rescripto— unido a su propio contenido, nos parece que da suficiente constancia

196. I.B.a.ii), p. 157 y Gai. 3,41,46,49.

197. I.D.a.β), p. 158, y Gai. 3,42.

198. D. 37,14,16,pr.—ULPIANUS, libro X ad legem Iuliam et Papiam). *Si libertus minorem se centenario in fraudem legis fecerit, ipso iure non valebit id quod factum est et ideo quasi in centenarii liberti bonis locum habebit patronus: quidquid igitur quaqua ratione alienavit, ea alienatio nullius momenti est.*

199. *Fid. texto infra*, p. 231, n. 254.

como para dejar fuera de duda el hecho de que en ella se reforma la situación anterior a la fecha en que fue promulgada ²⁰⁰. No estimamos que sea un inconveniente la circunstancia de tratar esta ley el caso de una hija emancipada ²⁰¹, porque si bien es verdad que la situación del patrono guarda ciertas diferencias con la del *parens manumissor*, ellas muestran siempre que la posición sucesoria de aquél frente al patrimonio del liberto es más fuerte que la del *manumissor* en los bienes del emancipado ²⁰², de manera que, si hasta antes del año 383 el *parens manumissor* era llamado junto con los hijos en la sucesión de la emancipada, debemos estimar que *a fortiori* lo era el patrono en los bienes de la liberta. Es importante, sin duda, observar que CTh. 5,1,3 reforma precisamente el régimen de la sucesión intestada, y este valioso detalle nos confirma que la jurisprudencia extendió el régimen del senadoconsulto Orficiano a la sucesión de la liberta o emancipada, teniendo presente las limitaciones que el sistema de la *lex Papia* aconsejaba.

Hay un texto de la recopilación cuyo interés no ha sido puesto suficientemente en evidencia:

D. 50,16,145. (ULPIANUS, *libro X ad legem Iuliam et Papiam*).
«Virilis» appellatione interdum etiam totam hereditatem contineri dicendum est.

Una alusión a la cuota viril en el ámbito de la sucesión reglamentada por la *lex Papia*, evidentemente ha de referirse a la que corresponde, en determinadas ocasiones, al patrono o sus descendientes en el régimen de los *bona libertorum*. Hasta antes del senadoconsulto Orficiano, sabemos con seguridad que la cuota viril tiene aplicación en los siguientes supuestos:

200. Concordamos en este punto con LAVAGGI, *SDHI*. 12 (1946), p. 177.

201. Contra la opinión, a nuestro juicio infundada, de MEINHART, pp. 80 ss.

202. Así la exclusión de la descendencia del *manumissor*, D. 37,12,1,5; o la ausencia de obligación de *operae*, D. 37,15,10.

- a) En la sucesión intestada del liberto sin *ius liberorum*, a favor del patrono o de la patrona ingenua con *ius liberorum* ²⁰³.
- b) En la sucesión forzosa del liberto sin *ius liberorum* que instituye eficazmente a sus hijos, a favor del patrono, o de la patrona ingenua con *ius liberorum* ²⁰⁴.
- c) En la sucesión intestada de la liberta, a favor de la hija o nieta del patrono con *ius liberorum* ²⁰⁵.
- d) En la sucesión forzosa de la liberta con *ius liberorum*, a favor del patrono ²⁰⁶.

La idea de cuota viril supone la posibilidad teórica de que un sucesor concorra con otros, y referida al patrono, la de que concorra con los hijos del causante: si unos excluyeran absolutamente al otro —tal como acontece en la herencia legítima— la expresión resultaría del todo impropia para designar la expectativa del patrono. Ahora bien: para decirse con propiedad que la cuota viril patronal puede, en ocasiones, alcanzar a la totalidad del as hereditario, es necesario que su llamamiento sucesorio permanezca a pesar de que falten todos los hijos. Cuando el patrono es llamado junto con los hijos del liberto, bajo la rúbrica *unde liberi*, su concurrencia se puede calificar de extraordinaria, en sentido de que él mismo no es un *liber*, y por eso, a falta de hijos, no permanece el llamamiento patronal, debiéndose pasar a la rúbrica siguiente, en la que le corresponderá no ya una cuota viril —puesto que acude solo—, sino el total. Si es llamado con los hijos de la liberta, la situación es del todo diversa, ya que concurre con cognados —antes del Orficiano— o con legítimos como él mismo —des-

203. 1.D.a.β), p. 158 y 3.D.γ), pp. 163 s.

204. 1.E.a, ii), p. 159, y 3.E.γ), p. 164.

205. 2.D.1.º.b.α), p. 160.

206. 2.E.1.º.2.α), p. 161.

pués del Orficiano— de modo que su llamamiento permanece abierto aunque falten todos los hijos concurrentes: sólo en tal supuesto es posible decir que la cuota viril alcanza al total del patrimonio. De manera que D. 50,16,145 no se puede referir más que a la sucesión de la liberta, y nos encontramos así ante otra fuente que proporciona valiosa información para dilucidar la suerte que corrió en tales casos la reforma orficianiana.

La aplicación integral del senadoconsulto Orficiano a las libertas que tenían *ius liberorum*, habría supuesto que D. 50,16,145 se refería a casos que podemos calificar como francamente excepcionales; ante todo a favor de la descendiente agnada del patrono en la sucesión intestada de una liberta sin *ius liberorum*; en cuanto a su aplicación a favor del patrono en la sucesión forzosa de la liberta con *ius liberorum*, resultaría absurdo pensar que si la madre testó en favor de los hijos, debe al patrono una cuota viril, siendo así que lo habría excluido en caso de haber muerto intestada: no es lógicamente posible desvincular la sucesión forzosa de la intestada, porque está destinada justamente a asegurar una participación mínima a los eventuales herederos intestados; ahora bien, el patrono sólo sería sucesor *sine tabulis* a falta de hijos de la liberta con *ius liberorum*, de manera que la cuota viril se le debería únicamente si la madre no instituyó de modo eficaz a los hijos en el testamento: este supuesto es tal vez hasta rebuscado, tratándose de una madre que normalmente debe tener cuatro hijos²⁰⁷.

Se salva también en parte el significado de CTh. 5,1,3, suponiendo la aplicación plena del Orficiano a la liberta con *ius liberorum*, por cuanto el texto parece

207. El caso está relacionado con Gai. 3,44, que fija la cuota viril por el número de hijos sobrevivientes. Nos resulta difícil concebir que a una liberta se le otorgara el privilegio por el Príncipe o el Senado, de manera que la única posibilidad de aplicación es la de que no la sobreviva ninguno de sus cuatro hijos.

confirmar que, antes de su promulgación, los hijos de aquélla excluían al *manumissor* en la sucesión intestada ²⁰⁸.

Pero hay otros problemas que resultarían difícilmente explicables de admitirse esa teoría; así en primer lugar, D. 38,17,1,9 muestra que el senadoconsulto se extendió a la sucesión de todas las libertas, sin distinguir si tenían o no el *ius liberorum*. El hecho mismo de que se aplique a la liberta un texto relativo a la *hereditas ex Orficiano*, muestra que la jurisprudencia no pone límites de extensión al nuevo derecho, pues si lo hubiera querido restringir a la que tenía el *ius liberorum*, sólo lo habría mencionado a propósito de la *bonorum possessio ex lege Papia*. También NV. 25 (447) y su *interpretatio* nos muestran, en primer lugar, que las diferencias en cuanto al *ius liberorum* del causante no eran privativas de la sucesión de la liberta —presunto régimen Orficiano— sino generales a libertos y libertas, conforme al sistema de la *lex Papia*; además, el número 5 de la constitución iguala el derecho de los hijos de la liberta a los del liberto, en términos tales como para suponer que los de éstos en ningún caso eran inferiores a los de aquéllos antes de la citada ley, sin hacer ninguna referencia sobre si la causante tenía o no el *ius liberorum* ²⁰⁹.

Todas estas consideraciones nos han llevado a

208. El texto y la *interpretatio* muestran también que el régimen del senadoconsulto se aplicó a los hijos de la emancipada sin *ius liberorum*, porque de otra manera no se explicaría que pudieran participar con el *manumissor* en la sucesión de la madre. La coparticipación que se deduce de las frases «*intacta pro solido successio deferatur*» del texto, y «*filii soli in eius hereditate succedant*», de la *interpretatio*, da a entender que se aplicó un régimen similar al que corresponde a los hijos del liberto en la sucesión intestada *ex lege Papia*. El dato es sugerente, pero no definitivo para la solución de nuestro problema, puesto que el paralelo entre patrono y *parens manumissor* da en este supuesto una situación más ventajosa a aquél si partiéramos de la hipótesis que el Orficiano no afectó a la sucesión de la liberta sin *ius liberorum*. El argumento *a fortiori* que empleamos en otra ocasión a favor del patrono (p. 218), no puede aducirse en este caso.

209. NV. 25, N.º 2: «*libertus... sive unicum pignus seu plures cuiuslibet sexus habeat filios...*». N.º 5: «*Ne quid autem scaevris interpretationibus ca-*

estimar como única solución posible la de que el senadoconsulto Orficiano se aplicó a todas las sucesiones cuya causante era una liberta, pero limitando su intensidad a las exigencias que planteaba el sistema sucesorio de la *lex Papia*: en este sentido, la salida natural consistió seguramente en asimilar para los supuestos de concurrencia con el patrono o la patrona, a los hijos de la liberta con los *liberi naturales* del liberto. Esta explicación armoniza con todas las fuentes que tenemos a mano, sin dejar resquicios de discordancia: conforme con D. 38,17,1,9, supone la aplicación universal del senadoconsulto a las libertas, tuvieran o no el *ius liberorum*; al mismo tiempo que las diferencias de intensidad resultantes de concordar la reforma con la *lex Papia*, aparecen confirmadas en CTh. 5,1,3, que nos muestra cómo en la sucesión intestada de la emancipada con *ius liberorum*, los hijos excluían al *manumissor* —como si se tratara de los hijos de un liberto con *ius liberorum*— y en el caso de no tener ese privilegio, el *manumissor* concurría con los hijos de la emancipada, de la misma manera que el patrono habría llevado una cuota viril en la sucesión del liberto.

Dentro de nuestra hipótesis encuentra también una amplia aplicación D. 50,16,145, ya que son varios los casos en que el patrono o la patrona, concurriendo como legítimos con los hijos de la liberta, llevarían una porción viril: así acontece en la sucesión intestada de la liberta sin *ius liberorum*, en favor del patrono ²¹⁰ o de la patrona ingenua con *ius liberorum* ²¹¹, también a favor del patrono, en la sucesión forzosa de la liberta con *ius liberorum* que no instituye a sus hijos ²¹², o de la que no tiene *ius liberorum* y deja hijos ²¹³; por último, a favor de la patrona ingenua con *ius libero-*

lumnantum moliantur insidiae, quod pro liberto statuimus pari sibi munere etiam liberta defendat».

210. 2.D.2.º.a.β), p. 161.

211. 4.D.2.º, p. 165.

212. 2.E.2.º.a.α).ii), p. 162.

213. 2.E.2.º.a.β), p. 162.

rum en la sucesión forzosa de la liberta sin *ius liberorum* ²¹⁴.

El senadoconsulto Orficiano procura, pues, mejorar la condición de los hijos cognados respecto de la madre hasta asimilarlos prácticamente con los *liberi* respecto del padre; consecuentemente hubo de mejorar las expectativas de los hijos de la liberta tanto en la sucesión intestada como cuando la causante los instituía en el testamento. Debemos tener presente, además, que se posibilitó congruentemente a estos hijos el ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*, por cuanto desde entonces tendrán interés, incluso si la causante tenía herederos legítimos, en que se abra la sucesión intestada cuando en el testamento han sido preteridos o instituidos insuficientemente ²¹⁵.

La mejora de posición para los hijos de la liberta que concurren con el patrono, hubo de ser fundamental: excluidos en la sucesión civil, excluyen ellos al patrono o su descendencia agnada gracias a la reforma ²¹⁶; excluidos por el patrono —ya que no por las hijas de éste— en la sucesión intestada edictal, prevalecen después sobre él absolutamente ²¹⁷; aplicado el senadoconsulto a la sucesión *ex lege Papia*, hubo de tenerse en cuenta, indudablemente, todo el sistema de distinciones fundamentado en el *ius liberorum*, para evitar que se creara un trato de desigualdad en favor de los hijos de la liberta frente a los del liberto, y de ello nos da testimonio la constitución contenida en CTh. 5, 1, 3, de 383 ²¹⁸. Conforme con este antecedente, tenemos la creencia de que los hijos de la liberta, que cuando concurrían con el patrono en la sucesión intestada según la *lex Papia* nada recibían, alcanzan ahora todo el patrimonio si la madre tenía el *ius liberorum*, y si no lo tenía, ceden sólo una porción

214. 4.E.2.º, § 1, p. 166.

215. Cfr. *supra*, p. 195, n. 116.

216. 2.A.1.º y 2.º, pp. 159 y 175 s.

217. 2.B.2.º, pp. 160 y 179.

218. *Vid.* texto *infra*, p. 231, n. 254.

viril al patrono ²¹⁹. Frente a la hija del patrono con *ius liberorum*, a quien igualmente debían ceder una cuota viril antes del senadoconsulto, llevan ahora la totalidad del *as hereditario* ²²⁰. En cuanto a la sucesión forzosa *ex lege Papia*, los hijos instituidos excluyen al patrono cuando la madre tenía *ius liberorum* ²²¹; si no había alcanzado ese privilegio, sigue sometida a tutela, y no puede testar sino con la *auctoritas* del patrono, pero si los hijos no son instituidos, al menos, en una cuarta parte de lo que llevarían *abintestato* —es decir, la cuarta parte del total de la herencia, excluida la porción viril patronal— no podrá el patrono impedir que el testamento sea declarado inoficioso y que se abra la sucesión intestada ²²². Si quien concurre no es el patrono, sino su hija o nieta agnada con *ius liberorum*, ésta es excluida de la *bp contra t. l.* cuando la causante ha instituido a uno de sus hijos en el testamento ²²³, y se conserva el derecho anterior al senadoconsulto si los hijos no llegan a heredar ²²⁴.

También pueden los hijos de la liberta concurrir con patrona; en tal caso, aquéllos excluyen a ésta de la herencia legítima, mejorando la anterior posición en que no tenían calidad de herederos ²²⁵. Mutación semejante se cumple en el llamamiento pretorio *sine tabulis*: de simples cognados en el derecho antiguo, pospuestos a la patrona llamada como si fuera agnada próxima, pasan a tener categoría de legítimos y ser preferidos a todo otro sucesor ²²⁶.

Según el sistema *abintestato* de la *lex Papia* anterior al senadoconsulto, la patrona se hallaba en la

219. 2.D.2.º.a., pp. 161 y 184 s.

220. 2.D.2.º.b., pp. 161 y 185 s.

221. 2.E.2.º.a.α).i), pp. 162 y 192.

222. 2.E.2.º.a.β), pp. 162 y 193 s.

223. 2.E.2.º.b.α).i), pp. 162 y 196.

224. 2.E.2.º.b.α).ii), pp. 162 s. y 196 s.

225. 4.A.2.º., pp. 164 y 202.

226. 4.B.2.º., pp. 164 y 203.

misma situación de privilegio que en el derecho edictal, por cuanto su llamamiento legítimo primaba sobre el cognaticio de los hijos de la liberta²²⁷; después del Orficiano, el sistema de concurrencia imita posiblemente al relativo a los hijos del liberto, es decir, se hace una graduación conforme el número de hijos que tenga la patrona: ello trae por resultado que la patrona sólo pueda concurrir con los hijos orficianos cuando ella misma es ingenua y con *ius liberorum* y a su vez la liberta no tenía el *ius liberorum*; en esta concurrencia lleva una cuota viril²²⁸. La patrona con dos o tres hijos, según sea ingenua o liberta, que en la sucesión del liberto puede concurrir con los *liberi non naturales*, quedaría obviamente postergada en el presente caso, puesto que todos los sucesores *ex senatusconsulto Orficiano* son naturales.

Cuando la liberta hace testamento, debe reservar la mitad de sus bienes a la patrona que le falta un hijo para alcanzar el *ius liberorum* no en todo caso, como antes de la reforma, sino exclusivamente si los hijos de la causante no han sido instituidos en el testamento, porque no existen, porque fueron eficazmente desheredados o porque no siendo los únicos instituidos repudiaron la herencia²²⁹. Muy posiblemente se aplica también el privilegio de la patrona ingenua con *ius liberorum*, en la forma que aparece para la sucesión del liberto, de manera que aquélla podría llevar una cuota viril, en cuanto le fuera más ventajoso, si la liberta causante murió sin *ius liberorum*²³⁰. En verdad, la patrona ingenua con tres hijos no mejoraría su condición después del Orficiano, sino que simplemente habría de soportar una disminución menor que las demás patronas.

Podemos mostrar en un breve recuento las refor-

227. 4.D.1.º, pp. 165 y 203.

228. 4.D.2.º, pp. 165 y 204.

229. 4.E.2.º.β), pp. 165 s. y 206.

230. 4.E.2.º.γ), pp. 166 y 206.

mas presumiblemente introducidas por el senadoconsulto Orficiano separando las situaciones nuevas de las que habrían permanecido idénticas al derecho anterior. Estos últimos casos serían:

- a) Cuando se aplica el orden edictal en la sucesión forzosa, lo cual nunca acontece si la liberta tenía patrono, ya que su testamento habría requerido *auctoritas tutoris*²³¹. Si en lugar del patrono estaba una hija de éste, o una patrona, se excluían ellas de la *bp contra t. l.*, pero los hijos de la causante, como primeros llamados *abintestato* bajo la rúbrica *unde cognati*, sólo podían ejercer eficazmente la *querela inofficiosi testamenti*, antes del senadoconsulto, cuando la causante había estado bajo clientela de la hija del patrono, puesto que la patrona los postergaba en la *bonorum possessio sine tabulis*.
- b) Cuando la liberta muere intestada y se halla bajo clientela de una hija o nieta *ex filio* del patrono que no tenga *ius liberorum*²³².
- c) Cuando la causante no tenía hijos, o los desheredaba eficazmente, o éstos repudiaban la herencia, puesto que el senadoconsulto afectaba precisamente a la sucesión de los hijos, mejorándolos, y no podría tener aplicación si de alguna manera faltaban los beneficiarios.

El senadoconsulto Orficiano, por el contrario, reforma el orden anterior en los supuestos siguientes:

- a) Cuando la liberta con hijos muere intestada, o su testamento se hace ineficaz por causas que no excluyan a los hijos de la sucesión intestada, y está

231. 2.C., p. 160, para la sucesión del patrono, y 4.C., p. 165, para la sucesión de la patrona.

232. 2.B.1.º.b., p. 160, 2.D.2.º.b.β), p. 161.

bajo la clientela de patrono o patrona (no de hija o nieta de patrono) ²³³.

- b) Cuando, en iguales circunstancias, está bajo clientela de hija de patrono con *ius liberorum* ²³⁴.
- c) Cuando la liberta ha hecho testamento en el que instituye eficazmente a sus propios hijos ²³⁵.

En todos estos casos, los hijos de la liberta se asimilaron, probablemente, a los hijos naturales del liberto, de manera que concurrirían con el patrono o patrona en la misma forma y circunstancias que para ellos hemos analizado.

D) Nos corresponde ahora reexaminar brevemente la posición sucesoria del patrono, y tal vez no sea ocioso repetir que lo que de él se diga, debe también entenderse dicho para sus descendientes varones agnados, e incluso en los supuestos relativos a la *lex Papia*, para los hijos varones de la patrona que tengan, al menos, un hijo o hija ²³⁶. Sobre este entendido, que nos evite reiteraciones enojosas, recorreremos el derecho patronal sucesivamente a través del orden legítimo, del llamamiento edictal y del sistema de la *lex Papia*.

- a) El patrono sólo es llamado a la herencia legítima cuando faltan los *sui* del liberto ²³⁷, de manera que si muere intestada la liberta, que no tiene *sui*, será heredero por el total ²³⁸. Esta situación cambia después del senadoconsulto Orficiano, ya que desde entonces, los hijos cognados de la liberta pasan al primer lugar del llamamiento civil, y desplazan al patrono ²³⁹.

233. 2.B.2.º, p. 160; 2.D.2.º.a., p. 161; 4.B.2.º, p. 164; 4.D.2.º, p. 165.

234. 2.D.2.º.b.α), p. 161.

235. 2.E.2.º.a.α).i), p. 162; íd. β), p. 162; 4.E.2.º, pp. 165 s.

236. Gai. 3.53.

237. 1.A., p. 157.

238. 2.A.1.º, p. 159.

239. 2.A.2.º, p. 159.

- b) El Edicto del pretor introduce algunas novedades en contraste con las XII Tablas, tendientes a mejorar la situación del patrono frente a los *liberi non naturales*: así, mantiene la preferencia de los hijos del liberto, incluso los naturales emancipados que entraron posteriormente bajo la potestad de un adoptante, pero coloca en pie de igualdad al patrono con los adoptivos del causante y con su mujer *in manu* ²⁴⁰. Respecto de la liberta, por cuanto carece de *liberi*, no se presentó ninguna reforma hasta la época del senadoconsulto Orficiano ²⁴¹: a partir de éste, sin embargo, no cabe diferencia, en cuanto a la forma de concurrir con el patrono en la sucesión de la liberta, entre el llamamiento civil y el edictal, ya que no se puede establecer la distinción de *naturales* y *non naturales* propia de los *liberi* del liberto, por cuanto todos los herederos *ex senatusconsulto Orficiano* entran en la categoría de naturales ²⁴².

La *bonorum possessio contra tabulas* propiamente edictal, se otorga al patrono en la sucesión del liberto sólo si los *liberi* de éste no han llegado a ser herederos testamentarios, porque no existían o porque fueron eficazmente desheredados o porque se abstuvieron de entrar en la herencia: para el caso de que le fuera otorgada, podría reclamar para sí la mitad del *as* hereditario ²⁴³. Respecto de la liberta, no hay propiamente sucesión forzosa del patrono, ya que, en vez del recurso pretorio *contra tabulas*, tiene la posibilidad previa de vigilar que el testamento de la liberta le sea favorable, a través de la *auctoritas* que como tutor legítimo le ha de prestar ²⁴⁴.

240. 1.B.a., p. 157.

241. 2.B.1.º.a., p. 159.

242. 2.B.2.º., p. 160.

243. 1.C.a.i), p. 157.

244. 2.C.a.ª), p. 160.

- c) Según ya hemos visto, la *lex Papia Poppea* tendió a mejorar los derechos del patrono en la sucesión del liberto que no tenía *ius liberorum*, al mismo tiempo que conservó el derecho antiguo para el supuesto contrario. El patrono obtiene en tal hipótesis una cuota viril, en cuanto ello le es más ventajoso, si la sucesión es intestada²⁴⁵, y también puede promover la *bp contra t. l.* no sólo por la mitad del patrimonio cuando los hijos del liberto causante no heredan, sino también por una cuota viril, si el causante instituye eficazmente a sus *liberi* en el testamento²⁴⁶.

En cuanto a la sucesión intestada *ex lege Papia* de la liberta, el patrono no puede ser mejorado respecto del Edicto, por cuanto él, como primer legítimo, excluye a todos los demás herederos, ya que las mujeres no tienen *liberi*; pero a partir del senadoconsulto Orficiano, se debe distinguir según si la causante tenía o no el *ius liberorum*: en el primer supuesto, los herederos por el senadoconsulto postergan al patrono; en el segundo caso, lleva éste una porción viril, tal como frente a los hijos del liberto²⁴⁷.

También la *lex Papia*, al abolir la tutela legítima sobre las mujeres que gozaran de *ius liberorum*, abrió la posibilidad de que las libertas hicieran testamento sin intervención de *auctoritas patroni*: en compensación, dispuso también que estas libertas debían reservar una cuota viril al patrono²⁴⁸, lo que después del senadoconsulto Orficiano ha de entenderse sólo para el supuesto de que los hijos propios no fueran eficazmente instituidos en el testamento²⁴⁹. En cuanto a la liberta

245. I.D.a.β), p. 158.

246. I.E.a.β), p. 159.

247. 2.D.2.º.a.α).ii), p. 161.

248. 2.E.1.º.a.α), p. 161.

249. 2.E.2.º.a.α).ii), p. 162.

sin *ius liberorum*, sometida a tutela, puede conseguir, a partir del senadoconsulto Orficiano, que el patrono, mediante la *auctoritas*, limite sus pretensiones testamentarias a una cuota viril solamente, pues de otra manera la eventual apertura de la sucesión intestada no le es más conveniente ²⁵⁰.

- E) Asimilado al patrono ²⁵¹, el *parens manumissor* mantiene respecto de él, no obstante algunas diferencias en cuanto a que los hijos de éste no pueden promover la *bp contra t. l.* o en cuanto al plazo que tiene para ejercer los recursos propios de su condición ²⁵². Salvas estas distancias, no muy relevantes, por lo demás, su posición frente al emancipado la debemos entender semejante a la del patrono frente al liberto o liberta, tanto en la sucesión civil como en la edictal, como en el orden creado por la *lex Papia*.

En cuanto al *extraneus manumissor*, se debe hacer la salvedad de que en el llamamiento edictal es pospuesto a las diez personas ²⁵³, y hemos de suponer que otro tanto acontece para la sucesión regulada según la *lex Papia*, puesto que sobre este punto parece no innovar la legislación augústea. Un texto tardío al que ya hemos aludido de manera incidental, relativo al *manumissor*, sirve precisamente, como comproba-

250. 2.É.2.º.a.β), p. 162.

251. Gai. 1,172.175.192; D. 37,12,1,pr.1; D. 26,4,3,10.

252. D. 37,12,1,5; 37,15,10; 38,9,1,15; 38,15,4,1.

253. Co. 16.92; Cl. 5,9,1,3; Inst. 3,9,3.5. Las «diez personas» son: padre, madre, abuelo, abuela, hijo, hija, nieto, nieta, hermano, hermana; aunque en cuanto al orden Co. sitúa a los hijos e hijas antes que a los abuelos. Este orden se ha de entender preferente, de manera que el anterior excluye al posterior: la postergación de los hijos respecto de los padres se explica por cuanto aquéllos pueden concurrir como *liberi* o como herederos orficianos, de manera que comparten el patrimonio con el padre o la madre del causante en los casos que lo compartirían con el *parens manumissor*, pero excluyen en estos mismos supuestos a los nietos o hermanos del causante. Por otra parte, la concurrencia —en su caso—, de una de las diez personas, tiene lugar como si ella misma fuera el *manumissor*.

ción de que nuestra hipótesis sobre la influencia de las reformas orficianas en el sistema de los *bona libertorum*, en cuanto a que daban a los hijos de la liberta una posición sucesoria no superior a la de los *liberi liberti*, tiene suficientes garantías de probabilidad. CTh. 5,1,3, de 383²⁵⁴, dice que en la sucesión de la hija emancipada, aun cuando haya quedado sujeta fiduciariamente, la herencia debe serle deferida por entero a los hijos, con exclusión de su padre o madre, inclusive en el caso de que no tenga el *ius liberorum*.

El problema, como podrá observarse, está referido a una hija emancipada que quedó bajo la tuición cuasi-patronal de un *parens manumissor*²⁵⁵. Si el senadoconsulto Orficiano hubiera tenido la aplicación absoluta que podría deducirse de la mala inteligencia de algunos textos, los hijos de esta emancipada habrían excluido, ya desde entonces, así al patrono como al *parens o extraneus manumissor*, ya sea que la causante tuviera o no el *ius liberorum*. Sin embargo, el presente texto da claramente a entender que, tras la reforma del senadoconsulto, el padre de la causante —*pa-*

254. CTh. 5,1,3: (*Impppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. ad Hilarium Pr. Urbi*). *Quotiens de emancipatae filiae successione tractatur, seu eam fiduciae nomen obstrinxit seu etiam nulla comitantur suffragia liberorum, filiis ex ea genitis, etiamsi talis occasus vivo vivente contingat, intacta pro solido successio deferatur neque ulla defunctae patri matrique concedatur intestatae successionis hereditas, cum satis superque sufficiat adversus omnes legitimo gradu ad successionem venientes in hereditatibus matrum incolumes ac superstites optabili sorte genitoris successio liberorum. (Mediolano, 19 febr. 383).*

INTERPRETATIO. *Filia, quam fiduciae nomen nominavit, hoc est emancipata, si intestata moriatur et relinquat superstites patrem, matrem et filios, excluso patre et matre, etiamsi ius liberorum defuncta non habeat, filii soli in eius hereditate succedant. Hic de iure addendum, quid sit fiducia.*

255. No creemos que en la época de la constitución existiera la posibilidad —ya francamente excepcional para el período clásico tardío—, de un *extraneus manumissor* como resultado del procedimiento paterno para la emancipación: *fiduciae nomen* parece aludir no a la posibilidad de sujeción a un *extraneus*, sino al hecho que ciertos bienes de la emancipada permanezcan en la administración del padre. Para la bibliografía del significado postclásico de *fiducia*, vid. MEINHART, p. 83, n. 55.

rens manumissor ²⁵⁶ — concurría en la sucesión intestada *ex lege Papia* con las hijas de la emancipada, si ésta no gozaba del *ius liberorum*.

Justamente para este supuesto hemos dado la solución de que si la liberta (o emancipada) fallecida después del senadoconsulto Orficiano no gozaba de *ius liberorum*, el patrono (o *parens manumissor*) concurre con los hijos de la causante, llevando una cuota viril ²⁵⁷, y que si por el contrario, la causante tenía el *ius liberorum*, postergaban los hijos al patrono en el llamamiento intestado ²⁵⁸. Nuestra conjetura concuerda perfectamente con el tenor de la reforma post-clásica, ante todo porque distingue situaciones diversas según si la causante ha alcanzado o no el privilegio de los hijos, y además, porque reconoce un llamamiento sucesorio al patrono o *manumissor* en el supuesto de que la madre fallecida no hubiera tenido el *ius liberorum* ²⁵⁹.

- F) Las descendientes agnadas femeninas del patrono tienen las mismas expectativas que éste en la herencia legítima, vale decir, son pospuestas por los *sui* del liberto ²⁶⁰, y desde la época del senadoconsulto Orficiano, por los hijos cognados de la liberta ²⁶¹, pero anteceden a todos los demás herederos. Sin embargo, el derecho pretorio las excluye absolutamente, *voco-*

256. La alusión a la madre se ha de explicar, tal vez, como heredera *ex senatusconsulto Tertulliano*, que habría concurrido con los herederos orficianos en el derecho clásico. Cfr. VOCI, *DER II*, p. 23, n. 30 y 41.

257. 2.D.2.º.a.β), p. 167.

258. 2.º.D.2.º.α), p. 161.

259. Compárense nuestros resultados con los similares que, por otra vía, obtiene LAVAGGI, *SDHI*. 12 (1946), p. 180. Esto no significa, sin embargo, que el senadoconsulto Orficiano no se haya de alguna manera aplicados en favor de los hijos de la liberta o emancipada sin *ius liberorum*. Parece justa, por otra parte, la crítica de MEINHART, p. 84, a la teoría de Lavaggi que parte del derecho testamentario. Para nuestra explicación, *vid. supra*, pp. 215 ss.

260. 1.A., p. 157.

261. 2.A.2.º., p. 159.

niana ratione, de la *bonorum possessio* tanto *sine tabulis* como *contra t. l.* ²⁶²: vemos en esta exclusión una consecuencia más de la semejanza entre el llamamiento patronal y el agnaticio ²⁶³.

La *Lex Papia Poppea* abrió para ellas la posibilidad de ejercer estos recursos sucesorios honorarios siempre que tuvieran el privilegio del *ius liberorum*, promoviéndolas en la sucesión del liberto a la misma condición que le correspondía al patrono según el Edicto, esto es, les permite obtener la mitad de la cuota que correspondía a los *liberi non naturales*, si el liberto murió intestado ²⁶⁴, y pueden reclamar hasta la mitad del as hereditario si el liberto muere testado y no instituye eficazmente a ninguno de sus *liberi* ²⁶⁵.

En la sucesión de la liberta, la hija del patrono con *ius liberorum* obtiene una cuota viril cuando no hay testamento ²⁶⁶, pero desde el senadoconsulto Orficiano es excluida por los hijos de la causante ²⁶⁷. Si la liberta hizo testamento, la hija del patrono sólo alcanza la posición que tenía su padre según el Edicto cuando la causante no gozaba de *ius liberorum*, lo cual significa que, en tal supuesto, la liberta habrá de reservarle la mitad del as hereditario ²⁶⁸; pero a partir del senadoconsulto Orficiano, este derecho se reduce aún más, al solo caso de que la causante no instituya eficazmente a sus propios hijos ²⁶⁹.

- (G) La patrona queda excluida por los *sui* del liberto en la herencia legítima ²⁷⁰, y desde el senadoconsulto

262. 1.B.b., p. 157; 2.B.b., p. 160; 1.C.b., p. 158; 2.C.b., p. 160.

263. Cfr. *supra*, p. 182, n. 91.

264. 1.D.b.α), p. 158.

265. 1.E.b.α), p. 159.

266. 2.D.1.º.b.α), p. 160.

267. 2.D.2.º.b.α), p. 161.

268. 2.E.1.º.b.αI.ii), p. 162.

269. 2.E.2.º.α).ii).xx, p. 163.

270. 3.A., p. 163.

Orficiano, también por los hijos de la liberta ²⁷¹. Igualmente la *bp. sine tabulis* sólo se le concede a falta de *liberi* (incluso *non naturales*) ²⁷² y en la sucesión de la liberta, a falta de herederos *ex senatusconsulto Orficiano*, desde el 178 d. C. ²⁷³. Como todas las mujeres, no puede promover la *bp contra t. l.*, según el orden propiamente edictal ²⁷⁴.

La *lex Papia Poppaea* promueve la condición de la patrona hasta situarla en un plano semejante al del patrono en la sucesión edictal del liberto, si tiene tantos hijos como uno menos que los necesarios para alcanzar el *ius liberorum*, y hasta el nivel del patrono en la sucesión del liberto según la *lex Papia*, si es ingenua y ha ganado el *ius liberorum*. Viene esto a significar lo siguiente: cuando a la patrona le falta un hijo para alcanzar el *ius liberorum*, llevará en la sucesión del liberto la mitad de la cuota de los *liberi non naturales*, si el causante murió intestado ²⁷⁵, y se le deberá reservar la mitad de la herencia si en el testamento no instituyó el liberto a sus propios *liberi* ²⁷⁶. Cuando la patrona sea ingenua y goce del *ius liberorum*, aun podrá pedir, si le fuera ventajoso, una porción viril en la sucesión del liberto sin *ius liberorum*, tanto si éste murió testado como intestado ²⁷⁷.

Respecto de la sucesión intestada de la liberta, excluirá la patrona a los hijos cognados, tal como sucedía según el derecho edictal ²⁷⁸, y si la causante hizo testamento, deberá reservar la mitad del patrimonio a la patrona ingenua con dos hijos o liberta con tres al menos ²⁷⁹; pero desde el tiempo del senadoconsul-

271. 4.A.2.^o, p. 164.

272. 3.B., p. 163.

273. 4.B.2.^o, p. 164.

274. 3.C., p. 163, y 4.C., p. 165.

275. 3.D.β), p. 163.

276. 3.E.β), p. 164.

277. 3.D.γ), pp. 163 s., y 3.E.γ), p. 164.

278. 4.D.1.^o, p. 165.

279. 4.E.1.^o.β), p. 165.

to Orficiano, sólo puede concurrir con los hijos de la liberta a la sucesión intestada, la patrona ingenua que haya ganado el *ius liberorum*, y en el solo supuesto de que la causante no tenga el privilegio de los hijos: la patrona obtiene una porción viril en esa concurrencia ²⁸⁰. En la sucesión testada, se debe distinguir nuevamente si la patrona tiene dos o tres hijos según si ingenua o liberta, o si es ingenua con *ius liberorum*; en el primer caso, la causante ha de reservarle la mitad del patrimonio si no deja como herederos a sus propios hijos ²⁸¹; en el segundo caso, la patrona podrá reclamar una cuota viril frente a los hijos de la causante que no tiene *ius liberorum*, si ello le es más ventajoso ²⁸².

FRANCISCO SAMPER.

280. 4.D.2.º, p. 165.

281. 4.E.2.º.β), p. 165 s.

282. 4.E.2.º.γ), p. 166.